

DICTAMEN JURÍDICO DEL MÁSTER DE LA ABOGACÍA

DERECHO PENAL

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Sara Bravo Villafranca

NIUB: 16295893

Derecho Penal

Tutor: Dr. Juan Carlos Hortal Ibarra

Año: 2018

Caso nº6-Posición B

ÍNDICE

1.- Abreviaturas	1
2.- Descripción de los antecedentes	2
2.1.- Hechos y datos en los que se basa el problema	2
2.2.- Documentación	3
2.2.1.- Documentación de la que disponemos	3
2.2.2.- Documentación que nos faltaría	3
2.3.- Cuestiones que se nos plantean como defensor particular	3
2.3.1.- Cuestiones sustantivas	3
2.3.2.- Cuestiones procesales	4
3.- Análisis jurídico	4
3.1.- Fuentes aplicables al caso	4
3.1.1.- Normativa aplicable	4
3.1.2.- Jurisprudencia aplicable	4
3.2.- Análisis del caso	5
3.2.1.- Planteamiento	5
3.2.2.- Los posibles marcos penales de aplicación	12
3.2.3.- Análisis de las agravaciones específicas	13
3.2.4.- Relación concursal	14
3.2.5.- Petición de la responsabilidad civil derivada del delito	17
3.2.6.- El derecho a denunciar: La “Notitia Criminis”	19
3.2.7.- Procedimiento que deberá seguirse	20
3.2.7.1- Fase de instrucción	20
3.2.7.2- Fase intermedia: la preparación del juicio oral	25
3.2.7.3.- El juicio oral	25
3.2.8.- La sentencia y el recurso de apelación	29
4.- Conclusiones	32
Emisión del dictamen	37
Bibliografía	38

1.- ABREVIATURAS

art.	Artículo
Código Civil	CC
Código penal	CP
Constitución Española	CE
Dir./Dir.	Director/Directores
Coord.	Coordinador
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
nº.	Número
p./pp.	Página /Páginas
RC	Responsabilidad civil
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo Español
s./ss	Siguiente/Siguientes
SS	Sentencias
STJ	Sentencia del Tribunal de Justicia
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
ATS	Auto del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
Ed.	Edición

2. DESCRIPCIÓN DE LOS ANTECEDENTES

2.1. Hechos y datos en los que se basa el problema

En la madrugada del día 22 de julio de 2016, Estela de 22 años de edad, de nacionalidad sueca y que estaba pasando unos días de vacaciones en Alicante, se dirigió a la zona de ocio sita en el Puerto de esta ciudad, en concreto, al Pub Puerto di Roma. En dicho establecimiento trabajaba como portero Leonardo, mayor de edad y sin antecedentes, -de 1,85 metros de estatura y complexión atlética- con el que Estela había mantenido relaciones sexuales en dos ocasiones en días anteriores.

Al finalizar su jornada laboral sobre las 7:00 horas, Leonardo se marchó en compañía de Gabriel, mayor de edad y sin antecedentes penales -con quien comparte largas horas en la sala de musculación del gimnasio- y Estela a una hamburguesería donde el primero repuso fuerza tras la larga jornada laboral. Tras concluir partieron nuevamente juntos al domicilio de Leonardo, donde al llegar saludaron a varios amigos que estaban en el interior del mismo, donde se oía música muy alta. Los tres entraron en un dormitorio y se sentaron en la cama. Al menos en dos ocasiones una de las personas que estaban en la vivienda entró en el dormitorio, la primera para ofrecerles fumar un porro y la segunda para hacerles una fotografía.

Tras ello Leonardo comenzó a acariciarla de forma brusca y en presencia de Gabriel. A Estela esta forma de actuar no le gustó por lo que le pidió que la dejara. Pese a ello Leonardo continuó. Gabriel le puso el pene en la boca para que le realizara una felación, mientras Leonardo la penetró vaginalmente. A tal fin se puso un preservativo que Estela le facilitó, ya que estaba asustada y quiso evitar los riesgos de una penetración sin protección. En todo momento Estela les manifestó de forma clara y rotunda que no quería mantener relaciones sexuales. Seguidamente Estela les pidió ir al baño, saliendo de la habitación. Tras asearse Leonardo le acompañó nuevamente a la habitación donde le introdujo el pene en la boca para que le practicara una felación, mientras que Gabriel la penetraba vaginalmente, utilizando un preservativo que le había facilitado Estela con la finalidad anteriormente descrita. En todo momento Estela les manifestó que no quería mantener relaciones sexuales con ambos llegando a llorar.

Durante toda la secuencia descrita Estela estaba asustada al encontrarse en una vivienda ajena en la que únicamente había amigos de Leonardo y Gabriel sita en una ciudad alejada del pueblo en que estaba pasando sus vacaciones estivales (aproximadamente unos 45 km). Además ha de tenerse en consideración que Estela no habla español.

Cuando los actos de contenido sexual terminaron, Estela, cuyo único objetivo era marcharse, pretendió dar apariencia de normalidad, por lo que dio un beso en la boca a ambos, citándose para más tarde. Justo al alcanzar la calle solicitó un taxi y ya en su interior y visiblemente muy agitada llamó a su amigo Benjamin con quien había venido a España de vacaciones y al no poder hablar con él le dejó en sueco un mensaje de voz en el que le decía que le tenía que ayudar, que le había sucedido una cosa muy seria y que desconocía dónde estaba exactamente. Acto seguido, y no con pocos esfuerzos indicó al taxista en su

limitado español que le llevara al hospital, donde el médico que la atendió le extrajo dos preservativos de la vagina y señaló en el parte de urgencias elaborado que presentaba leves laceraciones en la comisura de los labios y leves arañazos y contusiones en la parte interior de los muslos y de los brazos.

Una vez recibida el alta, se personó en la comisaría del Cuerpo Nacional de Policía para denunciar los hechos, los cuales fueron ratificados en lo esencial tanto ante el Juez Instructor como el Tribunal sentenciador, dada la negativa de Estela de declarar por videoconferencia en la Vista Oral. A resultas de los hechos relatados, Estela sufre stress post-traumático del que ha sido tratado en su país de origen por una psiquiatra, tiene miedo a salir de casa, sufre pesadillas y tiene pavor a mantener relaciones sexuales. Dos años después de lo sucedido, los síntomas descritos persisten y continúa en tratamiento psicológico. La mencionada psiquiatra ratificó el informe emitido y que obra en la causa en la vista oral. Un diagnóstico que corroboraron los dos psiquiatras del Instituto de Medicina Legal de la Comunidad Valenciana que trataron a Estela durante la instrucción de la causa y declararon como peritos en el Juicio celebrado.

2.2 Documentación

2.2.1. Documentación de la que disponemos

Por el momento no disponemos de ningún tipo de documentación.

2.2.2. Documentación que nos faltaría

Por un lado, para probar que Estela y Leonardo se habían relacionado en dos ocasiones anteriores a la fecha de los hechos analizados en el presente dictamen, sería de utilidad disponer de las conversaciones mantenidas entre ellos dos durante ese período. Probablemente la comunicación vía “*WhatsApp*” sea la forma más indicada y adecuada para conseguir dicha información.

Por otra parte, solicitaría de los acusados información sobre su entorno social, estado civil, hijos, situación laboral, percepción de nómina, etc... con el fin de acreditar la imposibilidad de fuga y evitar la aplicación de la prisión provisional.

2.3. Cuestiones que se nos plantean como defensor particular

2.3.1. Cuestiones sustantivas

Entre las principales cuestiones sustantivas que se le plantean a la defensa, destacaríamos la delimitación entre los delitos de agresión sexual y abuso sexual, analizando en términos jurídicos - penales la “intimidación ambiental”, el prevalimiento o situación de superioridad, la relevancia del consentimiento de la víctima así como el error sobre el mismo. Asimismo, se plantean qué marcos penales se aplicarían en el presente supuesto de hecho así como la aplicación de las agravaciones específicas. Por otro lado, solicitan el estudio y análisis de la existencia de la figura del concurso real, del delito continuado o de un delito de lesiones menos grave en concurso con el delito contra la libertad sexual.

Finalmente, debemos analizar el fundamento y la aplicación de la responsabilidad civil en este tipo de supuestos.

2.3.2. Cuestiones procesales

Por lo que se refiere a las cuestiones procesales, hemos de definir qué tipo de proceso debe instruirse, la relevancia de la denuncia, las diligencias de investigación pertinentes y la posibilidad adoptar una medida cautelar como la prisión provisional en el presente caso. En segundo lugar, se solicitan los requisitos y la validez del testimonio de la víctima, como prueba de cargo suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia. Así mismo, hemos de definir los elementos de descargo en relación a los sujetos investigados, la prueba del eventual error en el consentimiento de la víctima y la relevancia del informe pericial psicológico de la misma y, finalmente será preciso analizar la posibilidad de una sentencia de conformidad y qué recursos pueden interponer las partes del proceso.

3. ANÁLISIS JURÍDICO

3.1 Fuentes aplicables al caso

3.1.1. Normativa aplicable

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, modificada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.
- Real Decreto de 4 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, modificada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica y la Ley 41/2015, de 5 de octubre, para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la LOPJ.

3.1.2. Jurisprudencia aplicable

Jurisprudencia del Tribunal Supremo: STSS nº 9595/2006 de 13 de julio; nº 368/2010 de 26 de abril; nº 959/2006 de 13 de julio; nº 935/2006 de 9 de marzo; nº 3820/2002 de 28 de abril; nº 9356/2002 de 3 de octubre; nº4086/2008 de 24 de junio; STS nº 4930/2004 de 23 de junio; nº 658/2004 de 24 junio; nº 761/1999 de 3 junio; nº422/2014 de 18 de marzo; nº 804/1998 de 4 de octubre; nº 2054/1999 de 26 de marzo; 3872/1991 de 4 de julio; STS nº 826/2017 de 14 diciembre; nº 2006/8254 de 2 de octubre; nº2480/2014 de 9 de mayo; nº 42/2010 de 27 de enero; nº 1606/2005 de 27 de diciembre; nº 368/2018 de 18 julio; nº 177/2016 de 2 marzo; nº130/2015 10 de marzo de 2015; nº153/2013 6 de marzo de 2013; nº 240/2002 de 15 febrero; nº 240/2002 de 15 febrero; nº 112/2018 de 12 de marzo; nº 112/2018 de 12 de marzo; nº 935/2006 de 30 de marzo; nº 3068/2018 de 25 de julio; nº 3068/2018 de 25 de julio; nº 936/2006 de 10 de octubre; nº 284/2018 de 13 junio; nº 935/2006 de 2 de mayo; nº125/2005 de 31 de octubre; STS nº 109/2018 de 7 marzo; nº 490/2010 de 21 de mayo; nº 1257/2005 de 31 octubre; nº 1251/2009 de 10 diciembre, 1257/2005 de 31 de octubre, nº1030/2006, de 25 de octubre, 1004/2016, de 23 de enero de 2017; nº214/2017, de 29 de marzo de 2017; nº235/2012 de 9 de marzo; nº

935/2006 de 2 de octubre; nº 480/2016 de 2 de junio; nº11/2014 de 26 de mayo; 858/2017 de 8 de marzo.

Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales: SAP de Madrid nº 32/2004 de 31 marzo; SAP de Navarra nº38/2018 de 20 marzo; SAP nº 862/2014 de 15 septiembre, AP de Madrid nº 101/2003 de 31 de octubre; AP de Cádiz nº 82/2004 de 23 septiembre; AP de Sevilla nº193/2004 de 26 de abril; AP de Barcelona nº18/2000 de 18 de abril; AAP nº 81/2015 de 3 noviembre;

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia: STJ de Navarra nº 2/2018 de 13 de mayo.

3.2. Análisis del caso

3.2.1. Planteamiento

Los hechos derivados del supuesto de hecho planteado, pueden incardinarse, a priori, en los preceptos del código penal que tipifican los siguientes delitos: Leonardo y Gabriel podrían ser autores de un delito de agresión sexual previsto y penado en el artículo 178 y 179 CP, o alternativamente como autores de un delito de abuso sexual previsto en el art.181.3 CP en relación con la agravación prevista en el art.181.4 CP, por producirse acceso carnal y bucal.¹

Así pues, el primer elemento que tenemos que analizar es el **bien jurídico protegido** de estos delitos, que es común en las dos modalidades de infracción. Al existir varias conductas de diferentes gravedades dentro del genérico “*Delitos sexuales*”, nos encontramos con la coexistencia de varios bienes jurídicos que están afectados, algunos en mayor medida que en otros. A modo de resumen, a parte de la integridad moral, reconocida como derecho fundamental en el artículo 15 de la Constitución Española², el principal bien jurídico protegido es libertad sexual, aquella que nos permite determinarnos autónomamente en el ámbito sexual.³ Esta libre autodeterminación, comprende dos dimensiones: la positiva, el derecho o la facultad de disponer del propio cuerpo en la esfera sexual;⁴ y la negativa, el derecho o la posibilidad de no verse involucrado en contra de la voluntad del sujeto en un acto con contenido sexual.⁵

Según el Tribunal Supremo la diferencia entre el delito de abuso sexual y el de agresión sexual radica en que “*en el primero el atentado contra la libertad sexual de la víctima se*

¹ Los anteriores delitos se encuentran agrupados en el título VIII bajo la rúbrica “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”.

² Según el art.15 CE: “*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”.

³ GONZÁLEZ CUSSAC, González J.L.,(Coord.) *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Ed. 5ª, Valencia, 2016, pp.199-200.

⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Ed. 21ª, Madrid, 2017, pp.137-138.

⁵ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte especial, Tomo I: Doctrina y Jurisprudencia con Casos Solucionados*; Tirant lo Blanch, Ed. 1ª, Valencia, 2011, pp. 220-221.

*comete viciando el sujeto activo el consentimiento de la misma mediante el prevalimiento de una situación de superioridad, o desconociendo sencillamente la incapacidad de aquella víctima para prestar su consentimiento libre, en tanto en el segundo el atentado se consigue venciendo, mediante la fuerza o la intimidación, la voluntad contraria de la víctima”*⁶. Así pues, la principal diferencia es que la agresión sólo tiene cabida cuando los comportamientos van acompañados de violencia o intimidación, en cambio en el abuso sexual basta el acceso carnal sin consentimiento libre, esto es, consentimiento viciado sin utilizar ningún tipo de violencia o intimidación.

En ambas figuras la acción básica está constituida por la realización de actos no consentidos que atenten contra la libertad sexual de la persona. Por ello, es de destacar que el **consentimiento** es uno de los núcleos centrales de la disputa en el marco legal del debate sobre estos delitos y aunque el CP no establece una regulación genérica sobre el mismo, únicamente hace referencia expresa en algún delito de la Parte Especial⁷, como ocurre en los delitos contra la libertad sexual.

En el plano del elemento subjetivo de la tipicidad del hecho, es imprescindible que exista **dolo**. Es decir, para apreciar la existencia delictiva de una conducta que en principio podemos calificar de agresión o abuso sexual, no es necesaria la presencia de un especial “*ánimo lascivo o libidinoso*” en el autor del delito, solamente es necesario que concurra un atentado contra la libertad sexual, siendo suficiente que el autor sea consciente, desde una perspectiva objetiva, de su comportamiento sexual.

Hechas las anteriores precisiones, para el desarrollo del presente dictamen mi defensa se fundamentará en demostrar la inexistencia de un delito de violación al negar la concurrencia de violencia e intimidación ambiental, negar la calificación de los hechos como abuso sexual al combatir la concurrencia de prevalimiento y finalmente, como alegación principal, consideraré la existencia de un error sobre la ausencia de consentimiento prestado por la víctima, que tanto si es vencible como invencible desembocará en la libre absolución de mis defendidos.

En relación al primer punto y por lo que se refiere a la violencia, la jurisprudencia ha venido perfilando sus elementos integrantes, e indica que para apreciar su existencia tiene que producirse una agresión física con fuerza suficiente para doblegar la voluntad del denunciante⁸. Concretamente el Tribunal Supremo tiene declarado que el empleo de la fuerza física equivale “*al acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima*”⁹.

⁶ Véase STS nº 368/2010 de 26 de abril.

⁷ GUZMÁN DALBORA, José Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, IBdeF, Buenos Aires, 2009, p.60.

⁸ Véase STS nº 959/2006 de 13 de julio.

⁹ Véase STS nº 935/2006 de 9 de marzo.

De acuerdo con lo anterior, y a la vista de los hechos relatados, la presencia de violencia debe ser terminantemente descartada, pues no cabe pensar que los presuntos autores del delito, Leonardo y Gabriel, hayan ejercitado violencia para conseguir el acto sexual. Si bien es cierto la supuesta negativa de la víctima a acceder a la pretensiones de Gabriel y Leonardo, no es suficiente para apreciar violencia, ya que la misma sólo puede ser considerada, cuando presente caracteres irresistibles, invencibles, de gravedad inusitada y suficientes para alcanzar el fin propuesto.¹⁰ En este caso no se objetivan signos de violencia en el cuerpo de Estela, como veremos más adelante, las leves lesiones que presenta, no pueden considerarse, en ningún caso, de índole violento, sino como consecuencia del curso normal de un acto sexual. En todo caso, la supuesta violencia utilizada para consumar la relación sexual entre Estela y dos jóvenes musculados durante un período de tiempo indeterminado, habrían provocado daños corporales evidentes, no sólo en las zonas erógenas definidas por el supuesto, sino también en otras partes del cuerpo. Así pues, de los hechos relatados no se puede deducir que se utilizara la violencia para conseguir la ejecución de los actos de contenido sexual¹¹.

En segundo lugar, tampoco concurren circunstancias o elementos que permitan afirmar la existencia de una intimidación, a efectos de integrar los hechos al tipo de agresión sexual, ya que, mis defendidos no ha actuado utilizando amenaza con entidad suficiente para eliminar la posible resistencia de Estela. A diferencia de la violencia, la intimidación es un fenómeno de naturaleza psíquica que requiere “*del empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado*” y la misma “*debe de ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado.*”¹² Y, del relato fáctico transcrito se descarta expresamente que los acusados, en el momento de los hechos de contenido sexual, efectuaran amenaza de un mal para generar temor, desconcierto e incertidumbre a la víctima y así constreñir su voluntad.¹³ No podemos apreciar ninguna actitud activa por parte de los acusados que lleve a la víctima a doblegar su voluntad por la amenaza de un mal inminente ya que, intimidar es, literalmente, hacer temer al otro y ello no ha sucedido en el caso analizado.¹⁴

Por otro lado, en el caso que la defensa plantee subsumir los hechos en un delito de violación por entender que existe “**intimidación ambiental**”¹⁵, debemos traer a colación la STS 3872/1991, de 4 de julio que considera que para que haya intimidación “*basta con que el autor del delito con sus propios actos configure una situación ambiental integrada por una serie de circunstancias que la víctima valore como algo que hace inútil una posible oposición por su parte, entre las que cabe destacar el hecho de haber sido llevada a un determinado lugar... el que en tal lugar y hora no exista posibilidad de obtener auxilio de parte de terceras personas, así como la actitud del sujeto agresor,*

¹⁰ Véase STS nº 3820/2002 de 28 de abril.

¹¹ MORALES GARCÍA, Óscar; ROSA FERNANDEZ Palma; ÁLVAREZ FEIJOO, Manuel, *Código Penal con jurisprudencia*, ARANZADI, Ed. 2ª, Navarra, 2015, p. 533.

¹² Véase STS nº 9356/2002 de 3 de octubre.

¹³ Véase STS nº 4086/2008 de 24 de junio.

¹⁴ Véase SAP de Navarra nº 38/2018 de 20 de marzo.

¹⁵ Véase SAP de Madrid nº 32/2004 de 31 marzo.

normalmente de consistencia física más fuerte, que manifiesta su decidido propósito de abusar del cuerpo ajeno para satisfacer sus propios apetitos, sin que sea preciso utilizar arma o instrumento material amenazante". Así pues, una vez establecido el término de intimidación ambiental, demostraremos que en el caso de mis defendidos no se cumple ninguno de los presupuestos que lo definen. En primer lugar, cabe señalar que sobre las 7:00 h de la mañana, Estela, **por voluntad propia**, se dirigió a recoger a Leonardo al "Pub Puerto di Roma", al final de su jornada laboral. Estela accedió libremente y sin que consten ningún tipo de amenazas verbales o físicas, a acompañar a Leonardo y a su amigo Gabriel, con quien coincidía por primera vez, a una hamburguesería. La denunciante en ningún momento mostró incomodidad por la presencia de Gabriel y accedió a acompañarlos al domicilio de Leonardo. Una vez en el mismo, saludaron a varios conocidos de Leonardo que ya se encontraban en su interior y los tres se dirigieron a su habitación **sin que Estela manifestara ninguna oposición**, de lo que se deduce que actuó libremente y sin coacción. Si realmente, los acusados hubieran querido crear un clima intimidatorio para abusar sexualmente de la denunciante, habrían optado por no compartir el lugar de los hechos juzgados con otras personas que podrían convertirse en testigo directos del delito. Así mismo, mientras estaban en la habitación, un compañero de Leonardo entró en dos ocasiones para hacerles una fotografía y ofrecerles un cigarro de marihuana, sin que el sujeto sospechara ninguna circunstancia anómala ni fuera avisado por Estela de encontrarse en una situación comprometida. La denunciante tampoco "aprovechó" la entrada del mismo para salir de la habitación y pedir ayuda. Posteriormente, Estela accedió al baño del domicilio sin manifestar miedo o solicitar auxilio al resto de los ocupantes de la casa, volviendo a la habitación tras salir de la misma. Esta secuencia de hechos denota libertad por parte de Estela de entrar y salir de la estancia, pudiendo aprovechar esta situación para utilizar su teléfono móvil y contactar con la policía, amigos u otros teléfonos de atención urgente para explicar la situación.

Por todo lo anterior, existen elementos suficientes para considerar que los acusados no actuaron con la intención de crear una situación dirigida a constreñir la voluntad de la víctima, en beneficio propio de obtener relaciones sexuales con Estela y que la misma accedió libremente a mantener relaciones sexuales en ausencia de un contexto intimidatorio. Es de destacar, que la jurisprudencia se muestra dubitativa a la hora de solucionar estos supuestos, decantándose por la calificación más favorable al reo (delito de abuso sexual con prevalimiento) cuando no se ha acreditado suficientemente la concurrencia de intimidación.¹⁶

En segundo lugar, siguiendo mi valoración jurídica de los hechos planteados y ante la posibilidad de que la parte acusadora plantee la existencia de un delito de abuso sexual con prevalimiento, procederé a demostrar su inexistencia. Según la unificada doctrina el prevalimiento "*se configura como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones*

¹⁶ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte especial, Tomo I: Doctrina y Jurisprudencia con Casos Solucionados*; Tirant lo Blanch, Ed. 1ª, Valencia, 2011, p.253.

de las partes, en la que una de ellas se encuentra en manifiesta posición de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad".¹⁷ Por ello, debemos entenderlo como el "*modus operandi*", a través del cual el agente obtiene el consentimiento viciado de la víctima en base a la concurrencia de **tres elementos**: "*situación manifiesta de superioridad*"¹⁸, *que dicha situación influya de forma relevante coartando la capacidad de decidir y actuar de la víctima y finalmente que el agente, consciente de esa situación de superioridad se prevalga de ello para obtener el mencionado consentimiento*".¹⁹

Las circunstancias que concurrieron en el suceso no cumplen los anteriores requisitos exigidos por Tribunal Supremo²⁰ y ello porque no existe situación manifiesta de superioridad objetivamente apreciable ya que el encuentro con los acusados, el traslado al domicilio y el acceso a la habitación de Leonardo fueron aceptadas libremente por Estela. En cualquier caso, del comportamiento de Leonardo y Gabriel no se desprende ninguna actitud de superioridad que afecte la capacidad de decisión de la víctima. Tampoco se objetiva que el número de sujetos activos ni la dificultad de comunicación oral entre los acusados y Estela influyera en su voluntad, ya que la supuesta víctima había mantenido relaciones íntimas con Leonardo en ocasiones anteriores y en ningún momento se opuso a la presencia de Gabriel durante los hechos narrados. Además, Leonardo no necesitaba crear en la víctima una situación de superioridad para obtener relaciones sexuales porque ya las había mantenido anteriormente sin ningún tipo aparentes conflictos derivados de estos encuentros. Asimismo, como recuerda Francisco Muñoz Conde, en el abuso por prevalimiento "*el sujeto activo puede ser, en principio, cualquier persona, pero debe estar en una relación especial con el sujeto pasivo; es decir, debe tener una posición de superioridad sobre el sujeto pasivo, no basta con que haya mera relación entre los sujetos, sino que es preciso que ésta sea de tal clase, que origine una superioridad del sujeto activo sobre el sujeto pasivo que determine en éste su consentimiento para el acto sexual. En el art. 181.3 CP se incluyen, por tanto, casos que no llegan al nivel de agresión sexual porque la intimidación no tiene la gravedad necesaria, pero en los que sí hay una situación de superioridad y un abuso de la misma (jefe sobre empleado/a, profesor sobre alumna) que pueden coartar la libertad de la víctima ("metus reverentialis", miedo a perder el empleo o a una mala nota)*".²¹ Y del relato fáctico no se desprende que Estela y los acusados tengan ninguna relación de esa índole ni características. Por ello, no procede enmarcar los hechos en el pretendido abuso sexual con prevalimiento ya que el conjunto de los anteriores factores no configura una situación capaz de viciar de modo apreciable, manifiesto y eficaz la capacidad de decisión de una mujer de 22 años, que lógicamente sabe desenvolverse en el ámbito de la relaciones interpersonales.²²

¹⁷ GAVILÁN RUBIO, María, *Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia*. Indret. Revista para el análisis del Derecho. Madrid, 2018, p.86.

¹⁸ Véase STS nº 4930/2004 de 23 de junio; STS nº 9587/2002 de 18 de octubre.

¹⁹ Véase STS nº 658/2004 de 24 junio.

²⁰ Véase SAP de Navarra nº38/2018 de 20 marzo.

²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Ed. 21ª, Madrid, 2017, pp. 207-208.

²² Véase STS nº 761/1999 de 3 junio.

Una vez descartadas el delito de agresión y abuso sexual con prevalimiento que podría plantear la acusación, procederé a desarrollar **la principal proposición de la defensa de absolver** a los acusados por la existencia de un **error sobre el consentimiento de Estela**. En primer lugar, es determinante y primordial centrarnos en el concepto de **consentimiento**, ya que, su ausencia, es un elemento común y necesario en las dos figuras delictivas comentadas. Así pues, en el caso planteado la clave de nuestra defensa será afirmar la existencia de error sobre el consentimiento válidamente prestado por Estela de elegir y practicar la opción sexual, ya que el consentimiento comporta, por sí mismo, la aceptación implícita de un acto punible y la consecuente renuncia a la protección que confiere el derecho penal²³.

En el caso analizado, el error sobre el consentimiento de la víctima debe ser tratado como un caso de **error de tipo** por afectar directamente a un elemento integrante básico de la infracción penal del abuso sexual.²⁴ En cuanto al concepto de error de tipo, puede decirse que “*es el desconocimiento de*” o la “*equivocación sobre*” la concurrencia en el hecho, de aquellos elementos que pertenecen al tipo objetivo del delito y, por tanto, fundamentan la prohibición de la conducta²⁵. Éste consiste en una falsa apreciación o distorsión sobre uno o más de los elementos exigidos por la ley para integrar el tipo delictivo²⁶. La regulación legal del artículo 14.1 CP refleja perfectamente los efectos inmediatos del error de tipo. Como veremos a continuación, si el error fuese **vencible** o evitable con la debida diligencia o atención, existirá imprudencia, en cambio si es **invencible** o insuperable, esto es, no pudiendo evitarse ni habiendo actuado el agente con el mayor cuidado, se excluye plenamente su responsabilidad penal.

Así pues, es de destacar que del relato fáctico se desprenden varios elementos que indujeron en los acusados a la creencia errónea acerca del consentimiento de Estela. Tal como indica el Tribunal Supremo, y a pesar de que es una cuestión meramente procesal, la obligación de probar la existencia del error de tipo es de quien lo alega,²⁷ con lo cual para su alcance e incidencia procederé a examinar todos y cada uno de los hechos que nos llevan a apreciar el mismo.

Dicho esto, han de tenerse en cuenta el contexto en el que se produjeron los hechos. En primer lugar, es de destacar que durante la secuencia de los hechos que sucedieron en la habitación de Leonardo, apreciamos actitudes sugerentes del ejercicio recíproco y

²³ LANDECHO VELASCO, Carlos María; MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, *Derecho Penal Español. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 359.

²⁴ LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, DYKINSON, Ed. 24ª, Madrid, 2015, p. 77.

²⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel; *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, LA LEY, Ed. 1ª, Madrid, 2008, pp.149-152.

²⁶ En relación a este concepto, resulta de interés lo indicado en la STS nº 898/2014, de 22 de diciembre “que el error del tipo supone el conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo”.

²⁷ GARCÍA MORALES, Óscar (Dir.), *Código Penal con jurisprudencia*, Aranzadi S.A., Ed. 2ª, Navarra, 2015, p.134.

voluntario de prácticas sexuales entre la denunciante y los investigados, ya que **Estela fue quien proporcionó los preservativos a Gabriel y Leonardo**, lo que demuestra su intención de mantener relaciones sexuales. En este punto, la defensa podría plantear la posibilidad de que Estela lo hiciera para evitar males mayores como el embarazo no deseado o la transmisión de enfermedades sexuales, pero en ningún caso se puede derivar de ello una ausencia de consentimiento. En la misma línea, una vez finalizados los actos de contenido sexual, **a modo de despedida Estela besó en la boca a ambos acusados y se citaron para verse en otra ocasión**. Este comportamiento denota tranquilidad y es totalmente impropio para un sujeto que ha sido sometido a un delito contra la libertad sexual como podría desprenderse de la causa de este dictamen. Ciertamente, cabe reiterar que la denunciante **había mantenido relaciones sexuales con Leonardo en dos ocasiones anteriores a la fecha de los hechos que se juzgan**, sin aparentes problemas derivados de estos encuentros, lo que hace presuponer a Leonardo el consentimiento tácito de Estela para volver a mantener relaciones sexuales con él. Y, si todo ello se aúna a la falta de solicitud de ayuda por parte de Estela al resto de los ocupantes del piso, la repetidas entradas y salidas en la habitación por otro sujeto que no recibió ninguna señal de alarma por parte de la víctima, la actitud aparentemente normal mostrada por ésta al salir de la habitación para ir al baño y **la voluntad de volver a entrar en la habitación después de asearse**, sugiere plantearnos la existencia de error de tipo sobre el consentimiento de Estela en los acusados, que como consecuencia actuaron bajo la creencia que ella consentía en todo momento los actos de contenido sexual.

Si bien es cierto que la jurisprudencia reconoce la difícil acreditación del error ya que “*su apreciación depende en cada caso de que los datos objetivos y materiales probados permitan inferir la existencia del error como conclusión razonable*”,²⁸ en este caso todos los indicios disponibles acreditan que los procesados desconocían la ausencia de consentimiento de la víctima, no siendo conscientes de quebrar la voluntad de la misma durante los actos de contenido sexual.

El baremo para medir la vencibilidad²⁹ o no del error, se hará atendiendo a las posibilidades de evitación del mismo por el hombre medio ideal³⁰. En este caso, aunque en el plano práctico, la distinción entre error de tipo vencible o invencible no es relevante ya que la consecuencia jurídica es la misma, las manifestaciones de Estela en contra de mantener relaciones sexuales con los dos acusados y la evidente connotación negativa que comporta el acto de llorar, entendemos que existe error de tipo en su modalidad de vencible³¹

²⁸ Véase STS nº422/2014 de 18 de marzo.

²⁹ Véase AAP nº 81/2015 de 3 noviembre.

³⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, LA LEY, Ed. 1ª, Madrid, 2008, p. 153.

³¹ En relación al concepto de error de tipo resulta de interés lo indicado en SAP de Santander nº. 381/2012 de 8 de enero “*en consecuencia, el error de tipo existente ha de calificarse como invencible, pero aún cuando se reputara que hubiera sido vencible por cuanto que el procesado hubiera actuado sin hacer todo lo posible para cerciorarse de la edad de la víctima y, por ende, desvanecer el error sobre un elemento del tipo; incluso en tal supuesto procedería la absolución*”.

conforme al art. 14.1CP³², el cual calificaría la infracción como un delito imprudente. En este sentido, es aplicable la doctrina del Tribunal Supremo³³ según la cual en los casos en que un delito no se sancione expresamente con la forma imprudente, como sucede en el caso abuso sexual, no cabe punición de error de tipo vencible, pues el art.12 CP³⁴ excluye expresamente la pena en estos casos (*numerus clausus*)³⁵. Dicho de otro modo, cuando la regulación de los delitos contra la libertad sexual no prevé la forma comisiva culposa como ocurre en este caso, sólo cabe un pronunciamiento absolutorio dado que y conforme lo dispuesto en tal sentencia *"la concurrencia de un error de tipo vencible excluye la existencia de dolo y, por tanto, conduce a la sanción del hecho con la pena prevista para el delito imprudente. Sin embargo, en los casos en que un delito no se sanciona expresamente en forma imprudente -es decir, se sanciona sólo si se ha cometido con dolo- no cabe la punición del error de tipo vencible, pues la cláusula del artículo 12 excluye cualquier pena en estos casos"*³⁶. Es decir, sólo se castigará el delito imprudente cuando venga sancionado expresamente por la ley.

Por todo ello, existe un error de tipo, que tanto si es vencible como invencible, excluye la pena y consecuentemente la responsabilidad penal de los acusados, por lo que sólo prosperaría un **pronunciamiento absolutorio de Leonardo y Gabriel**.

3.2.2. Los posibles marcos penales de aplicación

En primer lugar, y de conformidad con lo razonado anteriormente, no cabe considerar los hechos declarados como constitutivos de un delito contra la libertad sexual ya que no concurren la violencia o intimidación en los términos que en él se razonan, ni tampoco la una situación objetivamente manifiesta de prevalimiento. Así pues, y por los argumentos expuestos en el presente dictamen considero que procede la libre absolución de Leonardo y Gabriel al haber actuado con error sobre la ausencia de consentimiento prestado por Estela a mantener relaciones sexuales.

Por otro lado, en el caso que se aprecie un delito de abuso sexual con prevalimiento previsto en el artículo 181.3 CP en relación con el apartado 4 del mismo precepto, el marco penal aplicable es de 4 a 10 años. Como veremos a continuación, éste marco penal se deberá apreciar en su mitad superior en el hipotético caso que fueren de aplicación alguna agravante prevista en el artículo 181.5 en relación con el 180.1 CP .

³² Según el art. 14.1 CP *"el error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente"*.

³³ Véase STS nº 804/1998 de 4 de octubre.

³⁴ Según el art. 12 CP *"las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley"*.

³⁵ JORGE BARREIRO, Agustín, *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*, Thomson Reuters, Navarra, 2009, p.187.

³⁶ Véase STS nº 2054/1999 de 26 de marzo.

Finalmente, la pena prevista en el ámbito de las violaciones y teniendo en cuenta los art. 178 y 179 CP, si se apreciase la concurrencia de violencia o intimidación como medio comisivo, el marco penal oscila entre los 6 a los 12 años. En el caso de que se apreciara alguna agravante específica del artículo 180.1 CP, el marco penal ascendería de 12 a 15 años, y si se apreciaran dos o más agravantes sería de aplicación el marco penal en su mitad superior tal y como establece el art. 180.2 CP.³⁷

3.2.3. Análisis de las agravaciones específicas

En relación a las agravaciones específicas previstas en el art. 181.5 CP establece que las penas señaladas en este artículo - abusos sexuales tipo básico y abuso cualificado por acceso carnal o introducción de miembros u objetos - se impondrán en su mitad superior cuando concurren la circunstancia 3ª o 4ª del art. 180.1 CP. Y, por lo que se refiere al caso planteado, estas agravaciones no son aplicables.

En primer lugar, el apartado tercero del precepto será aplicable “cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de edad, enfermedad, discapacidad”. El Tribunal Supremo ha aclarado que “*la ratio de esta agravación es la mayor facilitación de la comisión delictiva sobre la base de la menor defensa o resistencia de la víctima, por su edad o situación, y la mayor culpabilidad del autor por aprovecharse de dicha condición. Es claro que para ello se aprovechó de la vulnerabilidad de la menor, por su temprana edad, y por la situación de abuso sexual a la que ya la tenía sometida desde cinco años atrás, que la hacía manifiestamente más vulnerable*”.³⁸ Y, del relato fáctico se desprende que Estela no se encuentra en una situación de vulnerabilidad expresa ni apreciable, tampoco tiene limitada ninguna de sus capacidades cognitivas y físicas que le impidan el desarrollo de una normal actividad en su vida diaria. Además, Estela es mayor de edad (22 años) y por tanto totalmente consciente y autosuficiente para desenvolverse en el ámbito de sus relaciones sexuales.

Por otro lado, la agravación 4ª tampoco puede ser contemplada ya que se imputan en situaciones de superioridad familiar, laboral o institucional,³⁹ y del relato fáctico no se

³⁷ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte especial, Tomo I: Doctrina y Jurisprudencia con Casos Solucionados*; Tirant lo Blanch, Ed. 1ª, Valencia, 2011, p.248. Tal y como argumenta la directora “*De acuerdo con lo previsto en el art.192.1 CP a los condenados a penas de prisión por la comisión de delitos contenido en el Tit.VIII se les impondrá adicionalmente la medida de “libertad vigilada”. Es facultativa su imposición en el caso de delincuentes primarios, lo cual obligará a una motivación reforzada en base a pronóstico de peligrosidad que se tenga del condenado. La peligrosidad del delincuente debe entenderse como riesgo de reiteración en la comisión de futuros delitos de naturaleza similar*”. En el hipotético caso que los acusados fueren condenados como autores de un delito contra la libertad sexual, del relato fáctico, no se desprenden los requisitos necesarios para la adopción de la libertad vigilada en tanto que, tal y como desarrollaremos más adelante, no hay riesgo de reiteración de la conducta delictiva.

³⁸ Véase STS nº 480/2016, de 2 de junio.

³⁹ GAVILÁN RUBIO, María, *Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia*. Indret. Revista para el análisis del derecho, Madrid, 2018, p.86. En relación al prevalimiento la autora opina que “*se configura como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de las partes, en la que una de ellas se encuentra en manifiesta posición de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad*”.

aprecia que los acusados y Estela tengan ninguna relación de parentesco, ascendiente o descendiente, hermano por naturaleza o adopción o afines. En este apartado, cabe traer a colación la STS 480/2016 de 2 de junio y STS 11/2014 de 26 de mayo la cuales *“aconsejan analizar con extrema atención la posibilidad, no remota, de incurrir en **“bis in idem”** para evitar sancionar doblemente una misma conducta o motivo de agravación”*. Y ello podría suceder, si en los supuestos en los que la calificación del abuso se fundamenta exclusivamente en la concurrencia de prevalimiento, es decir, en el abuso de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, se añade como agravante genérica el abuso de confianza, pues este abuso va insito ordinariamente en el propio concepto de prevalimiento. Cabe destacar que la reforma operada por la Ley 1/2015, de 30 de marzo, define una modalidad de prevalimiento en la nueva redacción del artículo 182 CP, la cual se refiere a una situación de *“abuso de una persona reconocía de confianza o influencia sobre la víctima”*, vinculando de forma manifiesta el abuso de confianza con el abuso de superioridad. Con lo cual, en el caso que se apreciara una situación de superioridad prevista en el artículo 181.3 CP, sería improcedente calificar los hechos conforme a lo dispuesto en el artículo 181.1.4ª CP ya que, en efecto, estimar la doble razón de agravación implica un doble castigo de lo mismo.

Por otro lado, y aunque ha quedado totalmente acreditado la imposibilidad de calificar los hechos descritos como un delito de agresión sexual, en el hipotético caso que el Tribunal apreciara su aplicación, no prosperaría la agravante prevista en el artículo 180.1. 2ª CP relativa a la actuación conjunta de dos o más personas. *“Y como decíamos la actuación en grupo debe suponer objetivamente un plus de violencia o de intimidación respecto a la exigible para el cumplimiento del tipo del artículo 179, es precisamente este último aspecto el que impide, en una interpretación material y respetuosa con el principio **“ne bis in idem”**, entender en el supuesto de autos, por un lado, que la intimidación típica viene determinada por el número de personas que rodean a la víctima en lugar o paraje solitario y cuya presencia le infunde un racional temor de males mayores y, por otro, que el hecho de que alguna de estas personas la agredan sexualmente de modo sucesivo suponga, sin mas, el plus de intimidación que la **“actuación en grupo”** debe conllevar objetivamente”*.⁴⁰ Por ello, sería igualmente improcedente calificar los hechos como agresión sexual por entender que concurre el elemento intimidatorio de dos o más personas y además aplicar la agravación específica de actuación conjunta, ya que ello va insito en el propio concepto de intimidación.

3.2.4. Relación concursal

Desde mi perspectiva, las circunstancias enjuiciadas se incluirían dentro de la doctrina de la **unidad natural de la acción**, puesto que los hechos narrados concurren en el mismo contexto, existiendo una clara continuidad y vinculación interna entre sí ⁴¹.

⁴⁰ Véase STS 3872/1991 de 4 de julio.

⁴¹ Véase STS nº 826/2017 de 14 diciembre.

El Tribunal Supremo considera unidad natural de la acción “*cuando los movimientos corporales típicos se repiten dentro de un mismo espacio y de manera temporalmente estrecha*”. En la misma línea, la define como “*varias acciones y omisiones que están en una estrecha conexión espacial y temporal que puede reconocerse objetivamente y con una vinculación de significado que permita una unidad de valoración jurídica y que pueden ser juzgados como una sola acción*”⁴². Así pues y según los hechos relatados nos encontramos con dos accesos carnales, uno vía oral y otro vía vaginal, realizados el primero por Leonardo y el segundo por Gabriel, y con otros dos accesos carnales de las mismas características, si bien en esta ocasión, fue Leonardo quien le introdujo el pene en la boca de Estela y Gabriel quien la penetró vaginalmente⁴³. A la vista de lo expuesto, los acusados realizaron sobre la misma víctima, Estela, una penetración bucal y vaginal, existiendo unidad de hecho ya que se produce en un mismo ámbito espacio-temporal y siempre como consecuencia de un mismo dolo. Todos los hechos sucedieron en el domicilio de Leonardo y todas las actuaciones realizadas por los acusados se dirigían a la lesión de un mismo bien jurídico como es la libertad sexual. Con lo cual, puede afirmarse que existe una unidad de propósito y un único acto de voluntad. En la misma línea se ha pronunciado el STS 935/2006 de 2 de octubre “*En caso de múltiples penetraciones y agresiones sexuales de menor grado, cuando el hecho se produce entre las mismas personas y en un mismo ámbito espacio-temporal por ser todo ello realizado en el seno de una misma situación y consecuencia de un mismo dolo, no hay una pluralidad de acciones, sino una sola*”. Si bien es cierto que Estela salió de la habitación para ir al baño, no podemos considerar este hecho como un lapso de tiempo considerable ya que “*tras asearse Leonardo le acompañó nuevamente a la habitación*”, esto prueba la clara unidad espacial y la inmediatez temporal que permiten apreciar un único supuesto fáctico subsumible a un solo tipo penal. No puede interpretarse la existencia de diferentes actos totalmente diferenciados en el tiempo, sino es evidente la secuencia ininterrumpida donde se producen los actos de contenido sexual. Con lo cual, no cabe hablar de pluralidad de acciones ni de diversas ocasiones idénticas, sino únicamente de unidad típica.

Subsidiariamente y con independencia de lo anterior, la parte adversa podría plantear los hechos como un delito continuado de abuso sexual, regulado en el artículo 74 CP. Si bien es cierto, que en el apartado tercero del mencionado artículo se exceptúan del delito continuado los bienes jurídicos eminentemente personales, en el caso de infracciones contra la libertad sexual se atenderá, en todo caso, a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para poder o no aplicar dicha continuidad.

El delito continuado exige para su apreciación “*que se hayan cometido varias acciones u omisiones, que infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza y que el autor actúe en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando*

⁴² Véase STS nº 2006/8254 de 2 de octubre.

⁴³ El art. 181.4 CP dice “*En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años*”.

idéntica ocasión.”⁴⁴. En este sentido, y de las circunstancias del presente supuesto, no podemos hablar de pluralidad de acciones sino de una única unidad jurídica. Y ello porque en el momento de suceder los actos sexuales enjuiciados, no existió una especial dilatación en el tiempo y la acción no ha sufrido interrupción alguna, con lo cual no cabe apreciar continuidad ni tampoco concurso de delitos. Es la unidad típica y no la continuidad delictiva, la determinante de la calificación de los hechos. Sin embargo, al ser considerado el delito continuado como un proceso delictivo que se desarrolla fraccionadamente en el tiempo, su punición es más agravada por eso la consecuencia de apreciar esta modalidad delictiva es importante a efectos de aplicar las reglas penológicas.

Por último, y lo que le interesará a la parte acusadora es argumentar que los hechos deben subsumirse bajo el supuesto de concurso real. Esta interpretación es improcedente y errónea ya que para que pueda hablarse del mismo, debe mediar un lapso temporal entre los actos, cada acción debe ser realizada por un autor material directo y distinto y además, cada comportamiento debe responder a una voluntad diferente del sujeto activo. Por todo ello, no se puede argumentar que cada penetración realizada por los investigados comporte un dolo nuevo ni tampoco que nos encontramos ante la presencia de acciones autónomas y disgregadas que deben ser valoradas cada una por su propia entidad.

Por lo que se refiere a las laceraciones en la comisura de los labios, leves arañazos y contusiones en la parte interior de los muslos y de los brazos de la víctima, debemos considerarlas compatibles e inherentes a la simple conjunción sexual, quedando comprendidas y subsumidas por el tipo penal de abuso sexual. Únicamente los daños que desbordan estos límites, deben ser motivo de sanción adicional, bien como delito autónomo o como simple circunstancia de agravación. Con lo cual, no es factible condenar a los acusados como autores de un delito de lesiones menos grave en concurso con el abuso sexual, ya que las consecuencias físicas menores no exceden de meras contusiones, leves, y de muy poca entidad, razón por la cual han de considerarse absorbidas en el delito de abuso sexual. Asimismo, cabe considerar que lesiones físicas no han sido ocasionadas de modo deliberado por Leonardo y Gabriel, sino única y exclusivamente como consecuencia del acceso carnal y bucal. Así pues, sólo cuando las lesiones son adicionales como un medio necesario para vencer la voluntad de la víctima y con entidad sustancial autónoma⁴⁵, procederá la aplicación del artículo 77.1 relativo al concurso medial y 77.3 CP relativo a la imposición de pena del mencionado concurso. A este respecto, cabe señalar la aplicación del **principio de consunción o absorción** previsto en el artículo 8.3ª CP, en el cual el juzgador regula un situación donde coexisten dos delitos, pero ante la imposibilidad de la aplicación simultánea de los mismos, sólo puede optar por la aplicación de uno de ellos, concretamente aquél que por su amplitud valorativa es capaz de absorber al otro. Por todo lo anterior, las leves lesiones físicas que ha sufrido Estela, deberán ser absorbidas por el abuso sexual, porque son consecuencia ordinaria y proporcionada de este tipo de conductas consideradas como inherentes al tipo penal.

⁴⁴ Véase STS nº2480/2014 de 9 de mayo.

⁴⁵ Véase SAP nº 862/2014 de 15 septiembre.

Por otro lado, y en relación a las lesiones psíquicas sufridas por Estela, tampoco podemos considerarlas ni calificarlas como un delito autónomo, puesto que es una consecuencia habitual y normal en este tipo de situaciones. Y en este sentido, se pronuncia STS 235/2012 de 9 de marzo estableciendo que *“las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una abuso sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas en el tipo delictivo correspondiente, por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 del CP, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil”*⁴⁶. Quiere decirse con ello, que el “impacto psíquico” derivado de un delito sexual, va ínsito dentro de lo que se denomina “estrés postraumático”, común en muchos o casi todos los delitos de esta naturaleza.⁴⁷ En la misma línea, las repercusiones de estas consecuencias psicológicas pueden manifestarse con inmediatez al trauma o bien de manera diferida en el tiempo, dependiendo de los condicionantes preexistentes en la víctima⁴⁸. *“No es más que un resultado aleatorio, cuya mayor o menor intensidad depende de los resortes mentales y de la fortaleza psíquica y espiritual de la víctima”*.⁴⁹ No por ello, podemos considerarlas de naturaleza extraordinaria o de carácter desproporcionado porque, es lógico que el padecimiento de un delito de abuso sexual, afecta de manera considerable la situación anímica y la autoestima de la víctima provocando ansiedad, depresión y dificultad de nuevas relaciones sexuales, precisando soporte médico especializado.⁵⁰

3.2.5. Petición de la a responsabilidad civil derivada de delito

La responsabilidad civil derivada del delito consiste en la obligación de restituir el bien, reparar o indemnizar por los daños o perjuicios que los hechos hayan podido provocar. Así pues, las normas que la regulan, pretenden satisfacer un interés privado del que es titular la persona física o jurídica que haya resultado perjudicada por la comisión de delitos (Art. 109CP⁵¹ y ss). En el caso enjuiciado tal y como hemos expuesto con anterioridad, entendemos que existe un error sobre el hecho constitutivo de la infracción penal (o error de tipo), ya que Leonardo y Gabriel desconocían uno de los elementos del tipo penal acusado, como es la ausencia de consentimiento de Estela. Así pues, al no existir la modalidad culposa en el delito de abuso sexual, la infracción se vuelve atípica, y ello comporta la libre absolución de mis defendidos no siendo responsables civiles. Por tanto, en

⁴⁶ En el acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 10-10-2003 estableció: *“Las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 del código penal, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil.”*

⁴⁷ Véase STS nº 42/2010 de 27 de enero.

⁴⁸ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Jorge, PARDO FERNÁNDEZ, Encar, Principios éticos en la práctica pericial psiquiátrica, Artículo publicado en el VIII Congreso Virtual de psiquiatría (Interspsiquis 2007), *“http://www.psiquiatria.com/articulos/psiquiatria_legal/29258/”*.

⁴⁹ Véase STS nº 1606/2005 de 27 de diciembre.

⁵⁰ Véase STJ de Navarra nº 2/2018 de 13 de mayo.

⁵¹ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos, *Manual de derecho penal. Parte general. Tomo I*. Thomson Reuters, Ed. 7ª, Navarra, 2017, p.540.

la sentencia penal absolutoria el juez penal no deberá pronunciarse sobre la responsabilidad civil, ni valorar hechos que puedan tener relación con la misma, quedando abierta entonces, la vía del proceso civil que corresponda.⁵²

Con independencia de lo anterior, en el supuesto caso de estar frente a un delito contra la libertad sexual, el artículo 193 CP establece que en las **sentencias condenatorias** deberá aparecer el correspondiente pronunciamiento a la responsabilidad civil.⁵³ Ello quiere decir que en los ilícitos penales, el autor además de merecer la correspondiente sanción penal, podrá quedar obligado a indemnizar a la víctima comportando así una responsabilidad civil paralela.

Por un lado, y a tenor del artículo 193 CP la defensa de Estela solicitaría indemnización por el **daño moral** ocasionado a la víctima. A tal efecto, el problema capital que plantean este tipo de daños psíquicos es el de su valoración, habida cuenta de la dificultad que tiene cuantificarlos económicamente, ya que no estamos hablando de secuelas físicas ni materiales. Así pues, la jurisprudencia viene estableciendo que *“al tratarse de un daño no patrimonial, valorar qué compensación económica cabe abonar resulta algo disperso, ya que se trata de una simple actividad valorativa y no existen estándares claros a los que acudir”*⁵⁴. Por ello, y ante la ausencia de unos baremos objetivos de valoración, el criterio jurisprudencial es fijar la cuantía indemnizatoria atendiendo a las circunstancias concretas que hayan incidido en el caso del que se trate, dejando su determinación a la apreciación subjetiva, a la equidad y al prudente arbitrio del juzgador⁵⁵. *“Ahora bien, como quiera que tal arbitrio judicial puede dar lugar a diferencias o agravios comparativos, según el Juez o Tribunal que haga uso del mismo, es procedente aplicar, no por obligación, sino por pertinencia de acudir a criterios objetivos, a las cuantías indemnizatorias que el legislador, como expresión de la voluntad popular, ha establecido en el Baremo anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor”*⁵⁶. Por tanto, al ser una cuestión no regulada en el CP, la jurisprudencia ha establecido desde hace tiempo la aplicación del Baremo fijado para Accidentes de Circulación en la Ley del Contrato de Seguro con la finalidad de cuantificar los referidos daños. Ahora bien, dicho baremo no resulta de aplicación obligatoria en el caso de los delitos dolosos, aunque se suele utilizar porque sirve como modelo orientativo y, en todo caso, no resulta inadecuada la indemnización fijada por el mismo⁵⁷.

Por otro lado, la parte contraria solicitará la indemnización correspondiente por **daños físicos**. Como ya hemos analizado en el cuerpo del presente dictamen, las leves laceraciones en la comisura de los labios, leves arañazos y contusiones en la parte interior de

⁵² Véase STS nº 87/2017 de 20 de enero de 2016.

⁵³ A tenor del artículo 116 CP y en el supuesto caso que el Tribunal entienda la existencia de un delito contra la libertad sexual, Leonardo y Gabriel deberían responder solidariamente de la cuantía establecida en concepto de responsabilidad civil.

⁵⁴ Véase STS nº 368/2018 de 18 julio.

⁵⁵ Véase STS nº 177/2016 de 2 marzo.

⁵⁶ Véase AP de Madrid nº 101/2003 de 31 de octubre.

⁵⁷ STS nº130/2015 10 de Marzo de 2015; STS nº153/2013 6 de Marzo de 2013.

los muslos y de los brazos, no podrán ser consideradas como un delito autónomo. Por ello, sólo deberá resarcirse económicamente los gastos que la perjudicada haya podido tener en el proceso de curación, pero teniendo en cuenta la poca entidad de tales lesiones entendemos que no ha requerido tratamiento ni han resultado, en ningún caso, impeditivas.

3.2.6. El derecho a denunciar: La “Notitia Criminis”

Como norma general y a tenor del artículo 259 LECrim, la denuncia es fundamentalmente un deber ciudadano que la Ley impone a todos los que presenciaron o tuvieron conocimiento de la perpetración de un hecho delictivo. El denunciante pone en conocimiento del órgano judicial, o de la autoridad correspondiente, unos hechos que entiende son constitutivos de delito. La denuncia, no requiere una forma especial; se puede hacer en nombre propio o en nombre de tercero, si se tiene poder especial para ello, y puede hacerse de forma escrita o verbal, aunque en este caso, lógicamente se deberá documentar levantando las actas correspondientes. Ahora bien, como requisito esencial, la ley exige que la persona denunciante quede perfectamente identificada, firmando la denuncia escrita o el acta correspondiente (art. 266 LECrim). Asimismo, la ley establece el deber del Juzgado de realizar la comprobación del hecho denunciado, absteniéndose de todo procedimiento sólo cuando no revistiera carácter de delito o la denuncia fuera manifiestamente falsa. Es decir, el juez tiene la obligación de instruir e investigar la veracidad de los hechos con apariencia delictiva.⁵⁸

En el supuesto que nos atiende, cabe hacer referencia **al artículo 191 CP**, el cual establece que para todos los delitos contra la libertad sexual será precisa la denuncia de la víctima o de su representante legal. En la misma línea lo establece la reiterada jurisprudencia, indicando que es la persona agraviada a quien compete, como inexcusable requisito de procedibilidad, formular la denuncia en los delitos semipúblicos como son los delitos contra la libertad sexual⁵⁹. “*Se trata de una verdadera “legitimatío ad processum” que le legítima para la iniciación y substanciación del procedimiento*”.⁶⁰ Esta previsión legal tiene como finalidad básica dejar en manos de la víctima la decisión acerca de la oportunidad de incoar un procedimiento penal para castigar el delito, atendiendo a que, en ciertas ocasiones, la apertura de dicho procedimiento y, en especial, el acto del juicio pueden resultar muy traumáticos. En este sentido, el derecho penal es respetuoso con la intimidad y los derechos de la persona, dejando al libre arbitrio del titular de los bienes jurídicos afectados la oportunidad o no de perseguir el delito.

⁵⁸ Véase MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, Ed. 9ª, 2017, pp. 190-194.

⁵⁹ Véase ATS nº 891/2006 de 23 febrero.

⁶⁰ Véase STS nº 240/2002 de 15 febrero.

Así pues, en el caso que nos atañe Estela ha interpuesto la denuncia para transmitir a la Autoridad judicial la “*Notitia Criminis*” del supuesto delito contra la libertad sexual,⁶¹ ya que se personó en la comisaría del Cuerpo Nacional de la Policía y ello comporta el inicio de la causa. No obstante, y atendiendo al artículo 191.2 CP, en el caso que Estela no quiera constituirse en acusación particular será irrelevante ya que “*la víctima tiene en sus manos que se inicie el proceso con la llave de su denuncia pero no la tiene para cerrarlo, provocando su crisis anticipada, porque el perdón del ofendido no extingue la acción penal*”.⁶² Es decir, una vez abiertas las diligencias se niega todo valor al ofendido para evitar posibles presiones por parte del acusado o de personas de su entorno para que la retire.

3.2.7. Procedimiento que deberá seguirse

En este caso se deberá instruir el **procedimiento ordinario**, ya que los supuestos delitos que se va a enjuiciar lleva aparejada una pena de prisión de más de 9 años. Ello se deduce de la interpretación a *sensu contrario* del artículo 757 LECrim referente al procedimiento abreviado.

El Sumario o procedimiento ordinario tiene un carácter netamente instrumental, puesto que sirve para la preparación del juicio oral, y, asimismo, sirve para evitar juicios innecesarios, cuando el hecho investigado no es constitutivo de delito o bien no se han esclarecido sus circunstancias o las personas que lo han perpetrado. Constituye el denominado proceso penal tipo ya que todos los demás procesos limitan a prever ciertas especialidades respecto a la regulación general de éste⁶³.

Como veremos a continuación, el sumario se compone por tres fases bien diferenciadas: una fase de instrucción, una fase intermedia de preparación del juicio oral y, por último, el juicio oral.

3.2.7.1 Fase de instrucción

La instrucción es una fase procedimental que se celebra con carácter previo al proceso penal. Se inicia en virtud de auto de incoación del sumario y de acuerdo con el artículo 299 LECrim, no es más que una actividad preprocesal que posee una finalidad principal de recoger indicios de que se ha cometido el delito y por otro lado, asegurar la personas sospechosas.⁶⁴ Cabe entonces preguntarnos que ha de tener lugar en la fase de instrucción para alcanzar dicha finalidad y de lo dispuesto en el artículo citado se desprenden tres aspectos fundamentales:

- a) Actuaciones de investigación y comprobación del hecho delictivo;

⁶¹ GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de derecho procesal penal*, Castillo de Luna, Ed. 2ª, Madrid, 2015, p.215.

⁶² Véase STS nº 240/2002 de 15 febrero.

⁶³ GAVILÁN RUBIO, María, *Asesoría y proceso penal*, Dykinson S.L, Ed. 1ª, Madrid, 2015, pp.593-594.

⁶⁴ NIEVA FENOLL, Jordi, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, IBdeF, Ed.1ª, Madrid, 2012, p.100.

- b) Una actividad de constancia para reunir todo el material probatorio;
- c) La adopción de medidas cautelares, preventivas o de aseguramiento de personas o de cosas.⁶⁵

Con ello, no se juzga ni se hace constar la existencia de ningún delito⁶⁶, simplemente se pretende averiguar si existen fundamentos y razones suficientes como para enjuiciar a una determinada persona de la realización de unos actos que, en principio, tienen apariencia de delito. Lo importante, en todo caso, es guardar el necesario equilibrio entre la función de investigación de oficio y la garantía de los derechos de los ciudadanos en la adopción de medidas restrictivas de derechos.

A tenor del artículo 14.2 LECrim y en relación al presente caso el procedimiento sumario será instruido por el **Juez de Instrucción de Alicante**⁶⁷, quien deberá realizar un conjunto de actuaciones desde que tiene conocimiento del supuesto delito mediante la “*Notitia Criminis*”. Como director de la instrucción, le corresponde la formación del sumario y por ello, podrá practicar por sí mismo u ordenar a la Policía Judicial la realización de todos los actos de investigación que sean necesarios para el debido cumplimiento de todos los fines de la instrucción. Así mismo, la Ley impone en el artículo 2 LECrim la obligación a los órganos de instrucción para que realicen no sólo la actuaciones tendentes a fijar la culpabilidad de los acusados sino también a determinar la inocencia del mismos.

En lo referente a la diligencias de investigación la Ley permite según el artículo 277.5º LECrim que las partes acusadoras soliciten la práctica de las diligencias o actos instructorios que sean necesarios para la investigación de los hechos. A tenor del artículo 302⁶⁸ y 299 LECrim, permite que el acusado pida la práctica de todas aquellas diligencias necesarias e imprescindibles que coadyuven a la defensa de sus intereses.⁶⁹

En este punto considero de especial mención la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, la cual supuso una variación sustancial de los principios que regían la intervención del investigado en la fase de instrucción, ya que en la medida de lo posible, reforzó exponencialmente el derecho de defensa del investigado en este momento procesal. De este modo, no sólo el artículo 118 LECrim⁷⁰ sino también el artículo 302 de la misma ley, estableció el

⁶⁵ ARMENTA DEU, M^a Teresa, *Lecciones de Derecho procesal penal*, Marcial Pons, Ed. 11^a, Madrid, 2017, p. 147.

⁶⁶ Según el art. 741 LECrim “el Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley”.

⁶⁷ SOSPEDRA NAVAS, Francisco José, *Procesal penal. Tomo II*, Thomson Reuters, Navarra, 2011, p.42.

⁶⁸ Según el art.302 LECrim “las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento”.

⁶⁹ MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Ed. 9^a, Valencia, 2017, p. 214.

⁷⁰ Según el art. 118 LECrim “toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento”.

derecho de todo investigado a intervenir en todas las diligencias del procedimiento, a cuyo efecto, el Abogado ha de ser citado para la práctica de cualquier diligencias instructoras.⁷¹ Las mismas, no sólo pueden estar dirigidas a la investigación del hecho punible, sino también a acreditar la inocencia del imputado y a provocar el archivo o sobreseimiento de las actuaciones sumariales.⁷²

Hechas estas precisiones, como abogada defensora de Leonardo y Gabriel solicitaría las siguientes diligencias de investigación:

1.- En primer lugar y de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 24.2 CE, 118 y 385 LECrim, **considero necesaria la declaración de los encausados, Leonardo y Gabriel**, con la principal finalidad de que puedan ejercitar correctamente su derecho de defensa. La toma de declaración de los mismos sería un elemento básico para corroborar la versión de los hechos por los que son acusados, comparar las versiones de ambos y así objetivar la ausencia de divergencias entre sus declaraciones así como equiparar esas declaraciones con las realizadas por la víctima. Esta diligencia para conocer la versión de los hechos de los acusados, es totalmente pertinente ya que existe una relación inmediata del contenido de sus declaraciones con los hechos justiciables y además es necesaria e indispensable para formar un juicio correcto sobre lo sucedido.

Uno de los elementos imprescindibles en el procedimiento penal es el principio de contradicción mediante el cual se permite a los acusados tener una igualdad procesal, apostando por los mismos derechos y las mismas facultades de practicar pruebas. Así pues, las manifestaciones que realizó Estela en su día, deben ser necesariamente objeto de contradicción por los acusados, para que expliquen con claridad la versión de los hechos y para tener la posibilidad de contradecir su versión. Asimismo, a tenor del artículo 181.1 LECrim, los imputados podrán negarse a contestar cualquier pregunta que se le formule, es decir, acogerse *stricto sensu* al derecho de guardar silencio o a manifestar su derecho a no contestar a una o a alguna de las partes.

2.- En segundo lugar, considero altamente necesaria, para el esclarecimiento de lo sucedido y a la vista del desarrollo de los hechos enjuiciados, **las declaraciones testificales de la persona que entró y salió en al menos dos ocasiones del dormitorio y también de una de las personas que se encontraban en el interior de la vivienda**. La principal finalidad de estas testificaciones sería confirmar, por parte de los declarantes que estuvieron presentes durante la sucesión de los hechos, la versión del abogado defensor sobre la falta de solicitud de ayuda por parte de la supuesta víctima y de la inexistencia de signos indirectos de un probable delito contra la libertad sexual. Las declaraciones de los testigos son pertinentes ya que están relacionadas con el objeto del proceso penal y son útiles con virtualidad probatoria relevante respecto a los hechos.

⁷¹ ASENSIO MELLADO, José M^a, *Derecho Procesal Penal, Tirant lo Blanch*, Ed. 7^a, Valencia, 2015, p.127.

⁷² GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de derecho procesal penal*, Castillo de luna, Ed. 2^a, Madrid, 2015, p. 237.

3.- En tercer lugar, considero necesario la solicitud y realización de un interrogatorio selectivo y contundente a **la denunciante** sobre los hechos denunciados, para corroborar la solidez de su relato, compararlo con su declaración previa y así confirmar la existencia o no de contradicciones sobre los hechos ocurridos.

Con independencia de lo anterior, lo cierto es que, a tenor del artículo 299 LECrim la fase instructora no sólo está compuesta por actos de averiguación, sino también por aquellos otros que tienden a asegurar las personas y a las responsabilidades pecuniarias de los acusados. Este bloque de actos instructorios está compuesto por los que podemos llamar *actos aseguratorios o medidas cautelares*⁷³. Así pues, y en atención al supuesto planteado, la parte acusadora podría solicitar la prisión provisional de los acusados, como medida cautelar de carácter personal. Lógicamente la adopción de la misma es competencia exclusiva del órgano judicial, pues afectan directamente a los derechos fundamentales como la libertad y la presunción de inocencia de los acusados. Es por ello una institución que comporta, en sí misma, un cierto sentido contradictorio, que la hace tan problemática como controvertida.

Entrando a analizar el fondo de la cuestión planteada, **la prisión provisional no prosperaría** en ningún caso en atención a los siguientes argumentos sustanciales:

- a. En primer lugar, cabe decir que la prisión provisional es la más grave resolución que puede adoptar un órgano jurisdiccional en el seno del proceso, e incluso la más grave medida que puede llevar a cabo el Estado respecto de un ciudadano en nuestra civilización jurídica. Implica la privación del derecho de libertad, sin la existencia de una sentencia firme que condene a los acusados, con lo cual proceder a la adopción de la misma comportaría, en todo caso, una lesión al derecho de presunción de inocencia de Leonardo y Gabriel.⁷⁴
- b. En segundo lugar, entre los acusados y la víctima no existe más vínculo que el puramente ocasional, relacionado de modo directo con los hechos imputados, y además, Estela y los acusados residen en países diferentes y distantes, lo que dificulta exponencialmente una eventual repetición de hechos, como los analizados, con el mismo sujeto pasivo; posibilidad que en todo caso puede prevenirse con medidas cautelares menos perjudiciales que la privación de la libertad. Por otra parte, los imputados carecen de antecedentes penales y policiales, lo que es especialmente relevante en relación con el riesgo de reiteración delictiva en delitos sexuales.⁷⁵ Es también el tiempo transcurrido desde que ocurrieron los hechos, sin repetición ni reiteración alguna posteriores, y sin ni siquiera una conducta extraña o anómala desde entonces en relación con la víctima o con las personas de su entorno.

⁷³ MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, Introducción al Derecho Procesal, Tirant lo Blanch, Valencia, Ed. 9ª, 2017, pp. 216-217.

⁷⁴ Véase AP de Cádiz nº 82/2004 de 23 septiembre.

⁷⁵ Véase STS nº 112/2018 de 12 de marzo.

- c. Por otra parte, puede descartarse que exista, a estas alturas, un riesgo relevante de perturbación de la investigación o de manipulación del cuadro probatorio, que en todo caso no se evitaría suficientemente manteniendo en prisión a los imputados, pues las presiones sobre la víctima, a pesar de que no vive en el territorio español, su familia o los demás testigos podrían realizarse a través de terceras personas. Y nada indica tampoco en las circunstancias del caso, la existencia de un riesgo digno a tener en cuenta de que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, por las mismas razones expuestas al analizar la probabilidad de reiteración delictiva.
- d. Así las cosas, el único fundamento de la parte acusadora para solicitar la medida de prisión provisional discutida queda reducido al riesgo de fuga. Podríamos encontrarlos con una acusación y, en su caso, con una condena tanto por un delito castigado por una pena de seis a doce años como de cuatro a diez años, hipótesis que podría ser posible si se descarta finalmente el error sobre el consentimiento de Estela y se acepta que no hubo consentimiento por parte de la denunciante. Pero, este riesgo no puede asociarse de manera automática a la gravedad de la pena propuesta, *porque ésta puede ofrecer todavía un gran margen de variabilidad*⁷⁶ y, *si el riesgo abstracto no es indiscutible, mucho menos lo es el concreto*,⁷⁷ puesto que, las circunstancias personales de los imputados, por su edad, carencia de antecedentes y arraigo socio-familiar en Alicante, ofrecen garantías en principio suficientes, de que los acusados no tratarán de huir del territorio español para entorpecer así el procedimiento judicial. Además, los acusados carecen todos ellos de medios económicos para procurarse una fuga eficaz, instalándose en algún lugar en el que no pudieren ser hallados si tratasen de huir, y tampoco se les conocen, amistades o relaciones que pudieran proporcionarles la ayuda o los medios de los que ellos carecen.

En este sentido, imponer una medida de prisión provisional a los acusados sería inadecuado y totalmente desproporcionado, siendo todo lo anterior datos que llevan a entender la improcedencia de la misma. Con lo cual, si prosperara la prisión provisional no sólo afectaría al derecho a la tutela judicial efectiva, que *«impone a los órganos judiciales la obligación de dictar una resolución fundada en Derecho y ésta no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad, en un sentido o en otro, sino que el deber de motivación que la Constitución y la Ley exigen imponen que la decisión judicial esté precedida de la argumentación que la fundamente»*, sino que *“la falta de motivación suficiente y razonable de la decisión de prisión provisional supone prioritariamente un problema de lesión del derecho a la libertad, por su privación sin la privación de un presupuesto habilitante para la misma”*.⁷⁸

⁷⁶ Véase AP de Sevilla nº193/2004 de 26 de abril.

⁷⁷ Véase STS nº 112/2018 de 12 de marzo.

⁷⁸ Véase el AP de Barcelona nº18/2000 de 18 de abril.

A pesar de lo anterior y en el hipotético caso que se adopte la medida de prisión provisional, y finalmente no se dicta resolución condenatoria, sino sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento⁷⁹, Leonardo y Gabriel habrán sufrido una prisión “provisional” de modo totalmente indebido e injusto, cuyos efectos serán definitivos y lesivos del derecho fundamental a la libertad.⁸⁰ Es decir, si la prisión provisional sufrida deviene indebida, “*debe en primer lugar procurarse la compensación de forma específica, mediante la institución del abono de condena recaída en otras causas, pero de no ser posible tal abono*”, subsiste esa lesión o daño que no puede repararse sino mediante una indemnización dineraria.⁸¹

3.2.7.2. Fase intermedia: la preparación del juicio oral

Esta fase del proceso, desarrollada en sede de **Audiencia Provincial de Alicante**, tiene por objeto el conjunto de actuaciones destinadas a valorar los resultados de todo lo actuado en la fase de instrucción, apreciándose si la misma es completa y suficiente. Así pues, con el **auto de conclusión del sumario** (artículo 622 LECrim) serán oídas el Ministerio Fiscal, la acusación y la parte defensora para comunicar lo que sea necesario sobre el agotamiento de las diligencias de investigación o, por el contrario, la necesidad de practicar nuevas diligencias así como manifestar si se dan los presupuestos necesarios para proceder a la apertura del juicio oral o sobreseer el procedimiento. Con lo cual debemos tener presente que no es una fase preclusiva, de forma que si es necesario se puede retroceder otra vez a la fase de instrucción. En este sentido, y tenor del artículo 637 LECrim, debemos solicitar el **sobreseimiento libre**⁸² y su consecuente archivo de las actuaciones al entender que no existen indicios racionales de criminalidad para decretar la apertura del juicio oral, ya que por todos los elementos explicados en la parte sustantiva, entendemos que Leonardo y Gabriel han actuado con error sobre el consentimiento de Estela, mediando, en todo caso, error de tipo al formarse los acusados un juicio falso sobre el elemento de consentimiento. A pesar de lo anterior, y en el caso que la Audiencia Provincial no considere oportuno el sobreseimiento del procedimiento, dictará auto de apertura del juicio oral a tenor del artículo 632 LECrim, y como consecuencia dará traslado al Ministerio Fiscal, a la parte acusadora y a nosotros para que presentemos un escrito de calificación provisional de los hechos en un plazo de 5 días.

3.2.7.3. El juicio oral

Con el auto estimatorio de apertura del juicio oral el secretario judicial señalará el lugar, día y hora para el comienzo del juicio. La celebración del mismo es de vital importancia ya que es el trámite procesal **donde se desarrollará toda la actividad probatoria**

⁷⁹ Según el art. 294.1 LOPJ “*tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios*”.

⁸⁰ DÍAZ FRAILE, Francisco, *La presunción de inocencia y la indemnización por prisión preventiva*, Tirant lo Blanch, Ed. 1ª, Valencia, 2017, pp.125-127.

⁸¹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, *La prisión provisional*, Aranzadi S.A, Ed. 1ª, Navarra, 2004, pp. 295-301.

⁸² Regulado en el Capítulo II, del Título XI, del Libro II de la LECrim.

propuesta por las partes y su resultado será fundamental para la resolución judicial. Así mismo, es importante destacar que al estar frente a la supuesta comisión de delito contra la libertad sexual que lleva aparejada una pena privativa de libertad superior a cinco años, la competencia para llevar a cabo el conocimiento y fallo de la causa recae sobre **la Audiencia Provincial de Alicante**, por ser la circunscripción donde el delito se ha cometido, pues así se desprende del artículo 14.4 LECrim.

El desarrollo argumental de este apartado hace necesario recordar “*que el **derecho a la presunción de inocencia**, está consagrado en nuestro ordenamiento jurídico como rango fundamental regulado artículo 24 CE, e implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley.*”⁸³ Concretamente la Sentencia 632/2014, de 14 de octubre de 2014 del Tribunal Supremo de la Sala de lo Penal establece que “*en ningún caso puede aceptarse que el carácter odioso de los hechos denunciados determine una degradación de las garantías propias del proceso penal y especialmente del derecho constitucional a la presunción de inocencia, que constituye un principio fundamental y presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso.* Sin lugar a dudas, la presunción de inocencia es una regla básica que rige en nuestro ordenamiento jurídico el cual implica la prohibición de condena de Leonardo y Gabriel sin el soporte de pruebas de cargo válidas que garanticen un procedimiento judicial con todas sus garantías.”⁸⁴

En cuanto a su contenido, conviene resaltar la exigencia de una suficiente actividad probatoria, de cargo y constitucionalmente legítima, como base indispensable para destruir el derecho a la presunción de inocencia. Por ello, no es a los acusados a quien corresponde demostrar que son inocentes frente a la acusación que contra ellos se formula, sino que es a la parte acusadora a quien compete “*acreditar la imputación mediante las correspondientes pruebas, practicadas con validez jurídica y que pueda objetivamente reputarse como pruebas de cargo*”.⁸⁵ Y, en el caso de presuponer la previa existencia de la presunción de inocencia debido a la falta de prueba, el Tribunal deberá decidir conforme el **principio in dubio pro reo**, criterio interpretativo, que será de aplicación cuando los hechos no se puedan subsumir en el precepto penal. En todo caso, cuando el Tribunal tenga dudas sobre qué versión es la cierta, deberá aplicar el anterior principio inclinándose por excluir la certeza de la versión incriminatoria.

En atención a la declaración de la víctima como prueba de cargo, debemos destacar **la dificultad probatoria de los delitos de naturaleza sexual** pues, ha de tenerse en cuenta la situación íntima y la falta de testigos que puedan acreditar las posibles infracciones penales en éste ámbito. Nos enfrentamos pues, a hechos cometidos en ausencia de terceros que puedan probar fehacientemente los hechos denunciados⁸⁶. En este punto es de

⁸³ Véase STS nº 935/2006 de 30 de marzo.

⁸⁴ Véase STS nº 3068/2018 de 25 de julio.

⁸⁵ Véase STS nº 936/2006 de 10 de octubre.

⁸⁶ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho Penal Español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Ed. 1ª, Valencia, 2015, p. 226.

subrayar la reiterada y coincidente doctrina del Tribunal Supremo (STS 1004/2016, de 23 de enero de 2017 y STS 214/2017, de 29 de marzo de 2017, entre otras) que declara lo siguiente: “*un único testimonio, aún cuando sea el de la víctima, constituye prueba apta para enervar la presunción de inocencia, siendo totalmente lógica la existencia tan sólo del testimonio de la víctima en hechos como los de agresión o abusos sexuales que se realizan evitando el agente la presencia y observación por otras personas*”.⁸⁷ Lógicamente, la credibilidad del testimonio de la víctima corresponde evaluarla al órgano de enjuiciamiento, y para ello el Tribunal Supremo tiene establecidos unos parámetros que, sin ser cada uno de ellos una exigencia imprescindible para la validez del testimonio, facilitan que la verosimilitud responda a criterios lógicos y racionales. Ahora bien, “*la exigencia de una **fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible apoyar una condena sobre la base de la mera “creencia” en la palabra del testigo, a modo de un acto ciego de fe. No basta “créerselo”, es necesario explicar por qué es objetiva y racionalmente creíble; y por qué de este testimonio se puede seguir una certeza con solidez suficiente para no tambalearse ante otros medios de prueba contradictorios, desechando así o solventado con razones las dudas objetivas que pueden ensombrecer su realidad***”. En efecto, dejar en manos del prudente criterio jurisdiccional la suerte de quien es acusado por un delito sexual, **siembra significativas desconfianzas de condenar a un inocente.**

Para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes **notas o requisitos:**

1) “*Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran concluir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre*”⁸⁸. Con anterioridad a los hechos juzgados, Estela y Leonardo habían mantenido relaciones sexuales sin aparentes conflictos derivados de las mismas, y por tanto con inexistencia de enemistad, animadversión o resentimiento. No obstante, podemos plantear la posibilidad de que las relaciones sexuales enjuiciadas con mis defendidos, le hubieran resultado **insatisfactorias y emocionalmente traumáticas**, es decir, podrían haberle provocado remordimientos una vez concluidas y ello podría verse reflejado en sus declaraciones testificales, enturbiando la veracidad de su relato. A título meramente ilustrativo, ya que las circunstancias del caso casi nunca son equiparables, véase la STS nº1030/2006, de 25 de octubre, “*que considera como un posible móvil de resentimiento la negativa del acusado de llevar a la denunciante a casa en su vehículo, dejándola en una parada de autobús, sin acompañarla incluso en la espera, estimando ello suficiente como para minimizar la eficacia probatoria de su declaración inculpativa*”. Ello no quiere decir que la declaración no responda a la realidad, sino que dicha circunstancia impone que las otras dos notas esenciales de la

⁸⁷ DE AGUILAR GUALDA, Salud, *La prueba en el proceso penal*, Bosch Procesal, Ed. 1ª, 2017, pp.101-103.

⁸⁸ Véase STS nº 284/2018 de 13 junio.

declaración- corroboración objetiva y persistencia sin ambigüedades ni contradicciones, deban analizarse más cuidadosamente.

2) “*Verosimilitud, que el testimonio incriminatorio aparezca corroborado por acreditamientos exteriores a la declaración de la víctima*”. Del dictamen jurídico se deduce claramente la falta de cualquier testimonio incriminatorio para mis defendidos que pueda corroborar las declaraciones de la acusación. Sin embargo y como prueba de descargo, la parte contraria podría utilizar el parte médico de urgencias y las pruebas periciales psicológicas para fundamentar la verosimilitud del testimonio de Estela. En relación al informe derivado de la exploración médica posterior a los hechos, el mismo muestra lesiones habituales tras haber mantenido varias relaciones sexuales con distintos sujetos. Este dato corrobora la inexistencia de la fuerza ya que por lo contrario, cabría esperar, necesariamente, que algún tipo de lesión se hubiera producido. Además, el informe no puede ser considerado como dictamen pericial ya que carece de virtualidad a los efectos demostrativos de *error facti*.⁸⁹ Por todo ello, tanto por el tipo de lesiones descritas como por su naturaleza, no podemos considerar que el parte médico tenga eficacia suficiente para tomar decisiones punitivas en relación al caso planteado.

Por lo que se refiere a los informes periciales psiquiátricos emitidos por una psiquiatra de su país de origen y corroborados por dos psiquiatras del Instituto de Medicina Legal de la Comunidad Valenciana, solicitaremos un nuevo peritaje de su situación psicológica. Si bien es cierto que corresponde a la acusación presentar ante el Tribunal aquellas pruebas que permitan desvirtuar el principio de presunción de inocencia, en el supuesto que nos ampara considero oportuno requerir un nuevo informe pericial, dado que este se sustenta básicamente **en manifestaciones de la víctima que podrían tener elementos de subjetividad**. En la misma línea, la STS 79/2009 de 10 de enero establece que “*será necesariamente, la prueba pericial la que deba determinar si la conturbación psíquica que se padece a consecuencia de la agresión excede del resultado típico del correspondiente delito de la agresión o si, por el contrario, la conturbación psíquica, por la intensidad de la agresión o especiales circunstancias concurrentes, determina un resultado que puede ser tenido como autónomo*”. Todo ello, con el objetivo de constatar la existencia de antecedentes psiquiátricos previos y corroborar el síndrome de estrés postraumático derivado de los hechos encausados. Esta nueva prueba pericial servirá para contrastar la documentación en la que se sustenta la acusación y será un elemento de juicio para que el Juez se pronuncie acerca de la verosimilitud de los trastornos psicológicos de Estela derivados de los hechos enjuiciados. Los informes, tiene especial trascendencia pues supone un recurso con el que cuentan Jueces, Fiscales y las partes que intervienen en un procedimiento penal para aclarar aquellos conceptos o conductas que, por ser ajenas completamente al ámbito del Derecho, exigen la intervención de un profesional de la rama correspondiente.⁹⁰ En este sentido, cabe señalar lo dispuesto en la STS 1257/2005 de 31 de octubre: “*son pruebas personales consistentes en la emisión de informes sobre cuestiones*

⁸⁹ Véase STS nº 935/2006 de 2 de mayo.

⁹⁰ DE AGUILAR GUALDA, Salud, *La prueba en el proceso penal*, Bosch Procesal, Ed. 1ª, 2017, pp.86-88.

técnicas, de mayor o menor complejidad, emitidos por personas con especiales conocimientos en la materia, sean o no titulados oficiales. Como tales pruebas quedan sujetas a la valoración conjunta de todo el material probatorio conforme a lo previsto en el artículo 741 de la LECrim.⁹¹ Por todo ello, considero imprescindible la admisión a trámite de un nuevo dictamen pericial.

3) **“Persistencia en la incriminación: esta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo única prueba enfrentada con la negativa del acusado, que proclama su inocencia”**⁹² Del relato de los hechos se objetivan distintos elementos que podrían incluirse dentro del término “persistencia de los hechos” como acudir directamente al hospital, personarse en la comisaría para realizar la denuncia pertinente o preferir prestar declaración presencialmente. De todas maneras, es mucho más relevante destacar que Estela durante el transcurso de los hechos no manifestó incomodidad ni solicitó ayuda de forma explícita a las personas que se encontraban en el domicilio de Leonardo, y que podrían haberla protegido de forma inmediata. Además, **“es obvio que el relato de una situación imaginaria, bien construida y hábilmente expuesta, podría perfectamente ser presentado como veraz y pasar por tal, después de haber sido mantenido sin alteración en los distintos momentos del trámite procesal”**. En consecuencia **“no es que el contenido de una testifical que supere ese triple filtro deba ser tenido como válidamente inculpatario, lo único que cabe sostener es que un testimonio que no lo hiciera debería ser desestimado como medio de prueba; mientras que, en el caso contrario, resultará atendible en principio, y por tanto, estará justificado con las de otra procedencia, para tratar de confirmar la calidad de datos”**⁹³

En conclusión **“el examen de tales tres elementos es sólo un camino o método**⁹⁴ **de trabajo que esta Sala viene mostrando como una posibilidad en ayuda de las dificultades con que, con mucha frecuencia, se encuentran los órganos judiciales en estos casos”**.⁹⁵ En síntesis, es necesario que concurra prueba de cargo lícita y válida, y si el Tribunal tiene dudas o falta de convicción, la absolución se impondrá por el principio **“in dubio pro reo”**.

3.2.8. La sentencia y el recurso de apelación.

Con carácter previo a entrar en el análisis de este apartado, haremos una breve referencia sobre la aplicación de la sentencia de conformidad en el caso enjuiciado. Si bien es cierto que el ordenamiento jurídico suele permitir al acusado la posibilidad de que se conforme con la acusación ejercitada y así asumir el cumplimiento de una pena, esta sólo procedería si la petición acusatoria más grave dirigida contra los acusados fuese inferior a los seis años de prisión según lo dispuesto en el artículo 787.1 LECrim. Y, como ya expusimos

⁹¹ Véase STS nº125/2005 de 31 de octubre.

⁹² Véase STS nº 109/2018 de 7 marzo.

⁹³ Véase STS nº 490/2010 de 21 de mayo.

⁹⁴ Véase STS nº 1257/2005 de 31 octubre.

⁹⁵ Véase STS nº 1251/2009 de 10 diciembre.

en la parte sustantiva del dictamen, los límites entre la intimidación y la relación de superioridad son muy difusos, así pues, entendemos que la parte acusadora defenderá la existencia del elemento intimatorio a efectos de subsumir los hechos en un delito de agresión sexual. Como consecuencia no podría aplicarse la conformidad dado que la pena en abstracto de esta figura delictiva es de seis a doce años de prisión. De todas maneras, reafirmando en mi posición del dictamen de absolución de los defendidos, no contemplo la posibilidad de que se dicte una sentencia de conformidad con la defensa dado que ello conllevaría la asunción de un delito contra la libertad sexual de Estela que, en ningún caso, ha existido.

Hechas las anteriores precisiones y atendiendo a la imposibilidad práctica de la conformidad, el Tribunal deberá dictar **sentencia** en un plazo de tres días a contar desde la finalización de la vista oral. En el contenido de la misma, y según lo establecido en el artículo 203 y 142 LECrim, el Tribunal deberá resolver definitivamente las acciones penales ejercitadas por las respectivas partes y disponer la condena o la absolución de Leonardo y Gabriel. Las sentencias dictadas en el ámbito de la Audiencia Provincial y en primera instancia, serán apelables ante la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia correspondiente en cada Comunidad Autónoma (artículo 846ter LECrim).⁹⁶ Con lo cual, en el caso que la Audiencia Provincial de Alicante dictará una sentencia desfavorable para mis representados, tendríamos la posibilidad de interponer **recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Valencia**, por ser la ciudad de Alicante donde se han producido los hechos enjuiciados. En la misma línea, en el caso que la sentencia no se ajuste a las pretensiones solicitadas por la parte contraria o por el Ministerio Fiscal, también podría interponer el recurso en el plazo de diez días siguientes a la última notificación de la sentencia.

Los recursos de apelación contra resoluciones de las Audiencias Provinciales, se regirán, en todo caso por lo dispuesto en los artículos 790, 791 y 792 relativos al procedimiento abreviado. El recurso se interpondrá por cualquiera de las partes en el plazo de los diez días siguientes a aquel en que se les hubiere notificado la sentencia. El escrito de formalización del recurso deberá ir autorizado con firma de Abogado y Procurador y se deberá presentar ante la Audiencia Provincial de Alicante, ya que será el órgano que dictará la resolución impugnada. Sólo será admitido si los motivos del mismo se refieren al quebrantamiento de las normas y garantías procesales, el error en la apreciación de las pruebas y a la infracción de normas del ordenamiento jurídico. Así mismo, y como regla al órgano jurisdiccional que conoce del recurso, la resolución de apelación no puede agravar la condena, o minorar las declaraciones más favorables de la sentencia de primera instancia.

Finalmente, en segunda instancia se podrá interponer un **recurso de casación** en el caso de que las partes no obtuviesen sentencia favorable por el Tribunal Superior de Justicia.

⁹⁶ Con la reforma de la LECrim operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, se introduce el artículo 846 ter.

Sólo se interpondrá el recurso en el caso que las partes consideren incorrecta la subsunción de los hechos probados en un precepto penal sustantivo, por considerar que se ha infringido alguna norma de carácter procesal cuando la misma hubiera producido algún tipo de indefensión en el recurrente o, finalmente en el caso de vulneración de algún derecho fundamental previstos en la Constitución Española.

4. CONCLUSIONES

I.- Después de analizar el supuesto de hecho planteado, no cabe considerar los hechos declarados como constitutivos de un delito contra la libertad sexual ya que no concurren los supuestos de violencia o intimidación en los términos argumentados, ni tampoco la de una situación objetivamente manifiesta de prevalimiento. Como alegación principal, consideraré la existencia de un error sobre la ausencia de consentimiento prestado por la víctima, que independientemente de si es considerado vencible o invencible, desembocará en la libre absolución de mis defendidos.

II.- En relación a los hechos relatados queda totalmente descartado el uso de violencia por parte de Leonardo y Gabriel, con el fin de mantener relaciones sexuales con Estela, ya que del relato fáctico no se desprende que la denunciante fuera golpeada ni presionada físicamente. A pesar de que el informe médico de urgencias exponía que la víctima presentaba laceraciones en la comisura de los labios, leves arañazos y contusiones en la parte interior de los muslos y de los brazos, las mismas deben ser consideradas como inherentes y compatibles a la práctica de diversos actos sexuales consentidos con dos sujetos, sin ser, en ningún caso, estigmas corporales indicativos de violencia.

III.- Respecto a la amenaza o intimidación psíquica tampoco concurren circunstancias o elementos que permitan afirmar su existencia, ya que el relato fáctico transcrito no solo no recoge, sino que expresamente descarta que los acusados emplearan una amenaza verbal, gestual o real de un mal racional y fundado a Estela, por lo que no se dan los requisitos exigidos, que ha establecido la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, para apreciar la intimidación.

IV.- En la jurisprudencia analizada, el Tribunal Supremo entiende que otro elemento a tener en cuenta, a efectos de calificar los hechos como un delito de agresión sexual, son los factores contextuales o ambientales en los que se desarrollaron los hechos. En el caso planteado, no podemos considerar que los acusados actuaran con la finalidad de crear un clima intimidatorio para obtener relaciones sexuales con Estela, ya que la misma actuó en todo momento libre, sin solicitar ayuda externa, ni manifestar oposición a acompañar a mis defendidos al domicilio de Leonardo. De todo ello se deriva, que mis defendidos no anularon, bajo ningún concepto, la capacidad autodeterminativa de Estela en el ámbito de sus relaciones sexuales mediante la denominada intimidación ambiental.

V.- En la misma línea, tampoco se pueden enmarcar los hechos analizados como un delito de abuso sexual con prevalimiento, ya que entre los acusados y la víctima no existe relación de índole institucional, social o familiar; el vínculo entre ellos ha sido puramente ocasional y ello imposibilita que los acusados adquiriesen una posición dominante ni crearan una situación de preeminencia sobre la denunciante.

VI.- En cualquier caso, si Estela no hubiese prestado consentimiento, actuando subjetivamente en una situación de inferioridad, se podría plantear la concurrencia de un error

sobre un elemento del tipo de abuso sexual. Concretamente se puede sostener que ha mediado un error de tipo, vencible o invencible, sobre el requisito de “consentimiento”, pues Leonardo y Gabriel no sabían que Estela accedió a las conductas sexuales sin consentimiento ya que, dado el contexto y en las circunstancias en las que se desarrollaron mis representados, habían considerables datos o elementos que les hicieron creer que la misma consentía, en todo momento, las relaciones sexuales. Así destacaría su libre decisión de acompañarles y mantener relaciones sexuales, la ausencia de solicitud de ayuda al exterior o a la persona que entró repetidamente en la habitación durante los hechos de contenido sexual, la previa intención de Estela de mantener relaciones sexuales al proporcionar los preservativos y la forma de actuar de la misma, besándolos al finalizar la relación juzgada. De este modo, en el hipotético supuesto que el Juzgador estime que concurre la tipicidad objetiva de abuso sexual, esta parte interesa que se aprecie la concurrencia de un error, conforme a lo que dispone el artículo 14 CP, que debe comportar en todo caso la atipicidad de la conducta de Leonardo y Gabriel excluyendo su delictuosidad penal y por tanto siendo la libre absolución su principal y única calificación jurídica.

VII.- Aunque, bajo mi punto de vista, ha quedado totalmente acreditado la imposibilidad de calificar los hechos descritos como un delito de abuso sexual, también he estudiado la posibilidad de que el Tribunal estimara oportuno calificar los hechos como tal. Así pues, no serán de aplicación las agravaciones específicas previstas en el art. 180.1 apartado 3ª y 4ª CP ya que Estela no se encuentra en una situación de vulnerabilidad expresa ni apreciable, y tampoco se desprende que los acusados y la presunta víctima tengan una relación de parentesco, laboral o familiar. En la misma línea, el Tribunal Supremo entiende que en los casos en que el prevalimiento se tomó en consideración para fundamentar el tipo básico de abuso sexual, no se puede apreciar además la cualificación de víctima especialmente vulnerable sin incurrir en *bis in idem*, ya que ello comportaría una doble valoración jurídica de un mismo hecho. Asimismo, y en el caso de apreciar un delito de agresión sexual, tampoco prosperaría la agravante prevista en el artículo 180.1.2ª relativa a la actuación conjunta de dos o más personas, porque vulneraría de igual manera el principio *bis in idem*, al entender que la intimidación típica de esta figura delictiva ya viene determinada por la actuación conjunta de varios sujetos.

VIII.- Respecto a la posibilidad de que la parte defensora solicite un concurso real o continuado de los hechos, creo que éstos deben encuadrarse bajo la denominada unidad natural de acción, según la cual apreciamos la existencia de una sola acción punible. Analizando los mismos, observamos un acceso carnal por vía oral por parte de Gabriel y una penetración vaginal por parte de Leonardo y sin solución de continuidad un nuevo acceso carnal por vía oral, así como una nueva penetración vaginal, existiendo, en todo caso, una unidad de hecho producido en un mismo espacio-temporal, lesionando un mismo bien jurídico y como consecuencia de un mismo dolo.

IX.- En base a la jurisprudencia analizada, no es factible condenar a los acusados como autores de un delito de lesiones menos grave en concurso con el delito de agresión y abuso sexual, ya que las lesiones psíquicas, que ya han sido tenidas en cuenta por el legislador

al tipificar la conducta y asignarle una pena, como las corporales sufridas por Estela, son propias e inherentes al acceso carnal con penetración y quedan alcanzadas por la tipicidad y penalidad del supuesto delito contra la libertad sexual, no pudiendo ser motivo de una incriminación adicional por la vía del delito de lesiones.

X.- Como he argumentado anteriormente, al no estar tipificada la modalidad de imprudencia en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, Leonardo y Gabriel no son responsables civiles ya que no existe delito. Por otro lado, en caso que el Tribunal aprecie la concurrencia de un delito sexual, la defensa solicitaría las correspondientes indemnizaciones por daños morales así como por daños físicos causados a Estela. En referencia a los primeros, la jurisprudencia establece que al tratarse de un daño no material resulta algo disperso cuantificar la indemnización, dejando su determinación a la apreciación subjetiva, a la equidad y al prudente arbitrio del juzgador. En relación a los daños corporales sufridos, ya hemos dicho que no van a merecer un castigo autónomo, además no parece que tales lesiones, teniendo en cuenta su poca entidad, hayan requerido de tratamiento ni hayan resultado impeditivas para la supuesta víctima.

X.- En cuanto al análisis procesal del supuesto de hecho y a tenor de lo establecido en el artículo 191 CP, la denuncia de la persona agraviada tiene especial relevancia ya que se establece como requisito inexcusable de procedibilidad. En el presente caso Estela se ha personado en el Cuerpo Nacional de Policía para denunciar los hechos, comportando el inicio de la fase instructora del procedimiento ordinario. El mismo es el cauce previsto por la LECrim para la investigación de delitos que llevan aparejadas penas privativas de libertad superiores a los 9 años, como son el abuso sexual con acceso carnal (de 4 a 10 años) y la violación (de 6 a 12 años).

XI.- El procedimiento ordinario será instruido por el Juez de Instrucción de Alicante, quien deberá desarrollar la pertinente actividad probatoria para constatar si existen indicios de criminalidad por parte de los acusados. Durante la instrucción, nos interesaría solicitar, como defensa de los acusados, la declaración de Leonardo y Gabriel para que presten cuantas declaraciones consideren convenientes ejerciendo su derecho a defenderse, la declaración de Estela para poder demostrar la concurrencia de datos que desvirtúen sus declaraciones y así objetivar motivos espurios que la hagan sospechosa de inveracidad y, finalmente la declaración testifical del sujeto que entró en dos ocasiones al dormitorio donde sucedieron los hechos, así como alguna de las personas que se encontraban en el interior de la vivienda cuando ocurrieron los mismos.

XII.- Por otro lado, y en el caso planteado, no prosperaría la medida cautelar de prisión provisional debido a que implica la privación del derecho de libertad sin la existencia de una sentencia firme que condene a los acusados y ello comportaría una clara lesión al derecho de presunción de inocencia de Leonardo y Gabriel. Ninguno de los acusados tiene antecedentes penales ni policiales por delitos de naturaleza análoga o similar, lo que es especialmente relevante en relación con el riesgo de reiteración delictiva en delitos sexuales. Además, el peligro concreto de reiteración queda totalmente descartado ya que

los acusados y Estela residen en países diferentes y por tanto distantes, lo que dificulta una eventual repetición de hechos. Si a todo lo anterior se aúna las circunstancias personales de los acusados, el arraigo socio-familiar en Alicante y la ausencia de una conducta anómala de los mismos desde la interposición de la denuncia, son elementos más que suficientes que justifican la improcedencia de la misma. Así pues, el único fundamento de la parte acusadora para solicitar la medida de prisión provisional discutida, queda reducido al riesgo de fuga, pero argumentar la existencia de riesgo de fuga atendiendo en exclusiva a la gravedad de los hechos por los que Leonardo y Gabriel son acusados, parece perseguir, en contra de la doctrina constitucional, un fin no legítimo como sería el meramente punitivo o de anticipación de la pena.

XIII.- En cuanto a la fase intermedia del procedimiento, la Audiencia Provincial de Alicante será el órgano jurisdiccional encargado de valorar los actos de investigación practicados durante la fase de instrucción. En este sentido, solicitaría el sobreseimiento libre del procedimiento ordinario, por entender que no existen indicios de criminalidad suficientes para decretar la apertura del juicio oral. En caso contrario, la Audiencia dictará auto de apertura del mismo y una vez efectuadas las calificaciones provisionales por las partes del proceso, se señalará día y hora para la celebración del juicio oral.

XIV.- Teniendo presentes los conocidos parámetros reiteradamente señalados por el Tribunal Supremo, sobre los criterios con que debe abordarse el análisis de la declaración de la supuesta víctima cuando se erige en la única o esencial prueba de cargo apta para enervar la presunción de inocencia, entendemos que existe factores que generaran dudas sobre la veracidad del testimonio de Estela, ya que el sentimiento de culpa, los remordimientos y la insatisfacción sexual de Estela después de haber mantenido relaciones sexuales han quedado reflejados en la declaración de la denunciante y podrían calificarse como odio o deseo de vengarse de ellos. Por otro lado, y en relación a su credibilidad objetiva, consideramos esencial requerir un nuevo informe pericial de la situación psicológica de Estela para contrastar la documentación en la que se sustenta la acusación. Y, finalmente, a pesar de que aparentemente Estela ha sido persistente en su incriminación, es de destacar que durante el desarrollo de los hechos de contenido sexual, en ningún momento solicitó ayuda y además es obvio que el relato de un acontecimiento irreal, coherente, bien construido y hábilmente expuesto podría perfectamente ser presentado como cierto, después de haberlo explicado numerosas y repetidas veces sin alterarlo durante el procedimiento ordinario. Con lo cual, al no observarse en la declaración de la supuesta víctima los requisitos necesarios requeridos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entendemos que no debe otorgarse credibilidad y suficiencia incriminatoria a su testimonio.

XV.- Ratificándome en mi dictamen de absolución de los defendidos, no contemplo la posibilidad de que se dicte una sentencia de conformidad con la defensa dado que ello conllevaría la asunción de un delito contra la libertad sexual de Estela que, en ningún caso, ha existido.

XVIII.- Por último, en el caso que la Audiencia Provincial de Alicante dictará una sentencia desfavorable para mis representados, tendríamos la posibilidad de interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, por ser la ciudad de Alicante donde se han producido los hechos enjuiciados.

EMISIÓN DEL DICTAMEN:

Una vez que los acusados recibieron por vía legal la interposición de una denuncia acusándoles de un delito contra la libertad sexual, se pusieron en contacto conmigo para solicitar asesoramiento jurídico-legal sobre el caso.

Dados los hechos, lo primero que Leonardo y Gabriel deben saber es que como Estela se personó en la comisaría del Cuerpo Nacional de la Policía para interponer la denuncia, se va a iniciar un procedimiento de oficio contra ellos. Tras el exhaustivo análisis del caso, sería preciso informar a mis defendidos sobre la decisión de solicitar la libre absolución de los mismos, negando la existencia de un delito contra la libertad sexual y por tanto la ausencia de pena de prisión. Asimismo, sería recomendable exponerles los diferentes escenarios que la parte defensora podría plantear en su contra comportando penas de prisión muy elevadas. Para conseguir el objetivo de la libre absolución de los acusados, les informaré que durante la fase inicial o de investigación de los hechos, intentaremos demostrar la ausencia de indicios racionales de criminalidad de la denuncia y por tanto el consecuente archivo de las actuaciones dándose por finalizado el procedimiento. En caso contrario, se verán obligados a testificar en el Juicio Oral y para ello les comunicaría la importancia de preparar un relato coherente, firme, sin contradicciones y además coincidente entre ambos acusados.

En el mismo sentido, y para acreditar su versión de los hechos, sería preciso informales que deben facilitar y aportar los contactos de los testigos que puedan ser de ayuda en el desarrollo de mis alegaciones, como la persona que entró y salió en al menos dos ocasiones del dormitorio donde sucedieron los hechos y una de las personas que se encontraba en el interior de la vivienda durante los mismos. Asimismo, les solicitaría que aportaran cualquier dato objetivo que fundamente la teoría de la defensa (conversaciones de *WhatsApp*, correos electrónicos etc.), para confirmar la relación entre Leonardo y Estela tras los encuentros sexuales mantenidos con anterioridad a los hechos juzgados.

También les comentaría que en relación a los informes periciales psiquiátricos de Estela emitidos tras los hechos, requeriríamos un nuevo peritaje de su situación psicológica para compararlo con los dictámenes previos. Por otra parte, solicitaría de los acusados información sobre su entorno social, estado civil, hijos, situación laboral, percepción de nómina, etc... con el fin de acreditar la imposibilidad de fuga y evitar la aplicación de la prisión provisional. Finalmente, en el caso de que la sentencia sea contraria a nuestros intereses les informaría detalladamente sobre la posibilidad de interponer un recurso, con el objetivo de mantener nuestra línea de defensa y conseguir su libre absolución.

BIBLIOGRAFÍA:

Manuales y monografías

ARMENTA DEU, M^a Teresa, *Lecciones de Derecho procesal penal*, Marcial Pons, Ed. 11^a, Madrid, 2017.

ASENCIO MELLADO, José M^a, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Ed. 7^a, Valencia, 2015.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte especial, Tomo I: Doctrina y Jurisprudencia con Casos Solucionados*; Tirant lo Blanch, Ed. 1^a, Valencia, 2011.

DE AGUILAR GUALDA, Salud *La prueba en el proceso penal*, Bosch Procesal, Ed. 1^a, 2017.

DÍAZ FRAILE, Francisco, *La presunción de inocencia y la indemnización por prisión preventiva*, Tirant lo Blanch, Ed. 1^a, Valencia, 2017.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, LA LEY, Ed. 1^a, Madrid, 2008.

GARCÍA MORALES, Óscar, *Código Penal con jurisprudencia*, Aranzadi S.A., Ed. 2^a, Navarra, 2015.

GAVILÁN RUBIO, María, *Asesoría y proceso penal*, Dykinson S.L, Ed. 1^a, Madrid, 2015.

GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de derecho procesal penal*,Castillo de Luna, Ed. 2^a, Madrid, 2015.

GONZÁLEZ CUSSAC, González J.L.(Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Ed. 5^a, Valencia, 2016.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, *La prisión provisional*, Aranzadi S.A, Ed. 1^a, Navarra, 2004.

GUZMÁN DALBORA, José Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, IBdeF, Buenos Aires, 2009.

JORGE BARREIRO, Agustín, *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*. Thomson Reuters, Navarra, 2009.

LANDECHO VELASCO, Carlos María; MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, *Derecho Penal Español. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2015.

LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, DYKINSON, Ed. 24ª, Madrid, 2015.

MARTÍNEZ MORENO, Juan Antonio, *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Ed. 1ª, Madrid, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Ed. 21ª, Madrid, 2017.

MORALES GARCÍA, Óscar; FERNANDEZ PALMA Rosa; ÁLVAREZ FEIJOO, Manuel, *Código Penal con jurisprudencia*, ARANZADI, Ed. 2ª, Navarra, 2015.

MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Ed. 9ª, Valencia, 2017.

NIEVA FENOLL, Jordi, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, IBdeF, Ed. 1ª, Madrid, 2012.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho Penal Español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Ed. 1ª, Valencia, 2015.

SOSPEDRA NAVAS, Francisco José, *Procesal penal. Tomo II*, Thomson Reuters, Navarra, 2011.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos, *Manual de derecho penal. Parte general. Tomo I*. Thomson Reuters, Ed. 7ª, Navarra, 2017.

Revistas

AVILÁN RUBIO, María, *Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia*. Indret. Revista para el análisis del derecho. Madrid, 2018.

Documentos electrónicos

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Jorge, PARDO FERNÁNDEZ, Encar, *Principios éticos en la práctica pericial psiquiátrica*, Artículo publicado en el VIII Congreso Virtual de psiquiatría (Interspsiquis 2007), “http://www.psiquiatria.com/articulos/psiquiatria_legal/29258/”.

Base de datos UB (España): Aranzadi (Westlaw Bibliotecas)[en línea]. [Consulta: octubre y noviembre 2017]. Disponible en: aranzadi.aranzadigital.es.sire.ub.edu

Base de datos UB (España): VLEX Premium [en línea]. [Consulta: octubre y noviembre 2017]. Disponible en: app-vlex.com.sire.ub.edu